

nº 60

Cuarto Trimestre. Año 2016



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Accidentes de
circulación y de
trabajo.
Delimitación de
responsabilidades
y coberturas**

**Hacia una nueva
dogmática en el
régimen de
contratación,
también en los
contratos de
seguro**

**Aspectos esenciales
para la reclamación
por daños causados
en centros médicos
privados**



El nuevo baremo de tráfico

Mariano Medina Crespo

El autor comenta artículo por artículo, las disposiciones generales.

La presente monografía contiene un análisis crítico de las disposiciones generales del Baremo (arts. 32 a 49).

Su comprensión y alcance resulta imprescindible para la correcta aplicación de las reglas específicas.

La obra pone el foco en los temas centrales de la nueva regulación.



Compra YA tu ejemplar



5% de dto.

→ <https://tienda.wolterskluwer.es>
902 250 500
clientes@wolterskluwer.com

→ *5% de descuento*
Disponible en versión papel o digital en smarteca.es

[BOSCH]



nº60

Cuarto Trimestre. Año 2016



REVISTA DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 60

EDITORIAL

Reflexiones sobre la doctrina de la unidad de la culpa civil.

Por **Javier López y García de la Serrana** 5

DOCTRINA

- Accidentes de circulación y de trabajo. Delimitación de responsabilidades y coberturas
José Antonio Badillo Arias 9
- Hacia una nueva dogmática en el régimen de contratación, también en los contratos de seguro
Diego Elum Macias 17
- Dictamen sobre los aspectos esenciales para la reclamación por daños causados en centros médicos privados
Ana Alcalá Serrano 29

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 24 de octubre de 2016.

- **RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL:** Acción de subrogación de la aseguradora en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de incumplimiento de contrato de suministro de energía eléctrica. Debe responder la empresa comercializadora, sin perjuicio de la posibilidad de ésta de repetir frente la empresa distribuidora 47

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25 de noviembre 2016.

- **RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL:** Contrato de transporte aéreo de mercancía. Responsabilidad de la transportista derivada de la empresa contratada por aquella para realizar las labores de handling, a pesar de que la pérdida de la mercancía se produjo en el almacén bajo la custodia del transportista y sus dependientes, y no en el espacio aéreo de vuelo 55

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 28 de noviembre de 2016.

- **RESPONSABILIDAD CIVIL:** Acción de repetición del constructor. Se exonera al promotor que fue condenado solidariamente por su condición de promotor -aunque participó en el proceso constructivo-, al considerar la Sala 1ª que hay que diferenciar dicha responsabilidad solidaria, con el funcionamiento del régimen de la solidaridad en las relaciones internas de los agentes que dan lugar a la acción de regreso del deudor que realizó el pago de la reparación de los daños ocasionados 65

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 5 de diciembre de 2016.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL:** Lesiones causadas por disparo accidental realizado por un menor de diez años de edad. Interrupción de la prescripción de la acción civil a pesar de la indebida incoación de un proceso penal. Interpretación del artículo 1903 del Código civil..... 73

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 21 de diciembre de 2016.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL:** En un seguro de accidentes que cubra la incapacidad permanente del asegurado, el devengo de los intereses moratorios especiales del asegurador tiene lugar desde el día del accidente que origina las lesiones determinantes de la incapacidad amparada, y no desde el día en que ésta se reconoce o declara..... 87

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por **José María Hernández-Carrillo Fuentes**..... 97

ENTREVISTA A...

Ana Tarrago Ruiz

Por **Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán**..... 111

NOTICIAS

Acta de Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, celebrada en Málaga el día 10 de Noviembre de 2.016..... 113

XVI Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Málaga, 10-11 de noviembre de 2016 117

EDITA:

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada · Tel.: 902 361 350
C.I.F.: G-18585240

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Luis A. Orriols Martínez, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Susana Sucunza Toticagüena, Luis Julio Cano Herrera y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos, José Manuel López García de la Serrana y Antonio Salas Carceller.*

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana

DISEÑO:

*Aeroprint Producciones S.L.
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es*

IMPRIME:

*Aeroprint Producciones S.L.
www.aeroprint.es*

**D.L. GR-1228/02
ISSN 1887-7001**



asociacionabogadosrcs.org

Reflexiones sobre la doctrina de la unidad de la culpa civil

por **Javier López y García de la Serrana**
Director

por tanto para que determine la naturaleza de la acción que se está ejercitando y en base a la misma determinar las normas que le son aplicables en supuestos tan trascendentes como puede ser el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción determinada. Normalmente esta doctrina se aplica en beneficio de los derechos del perjudicado, en aras a conseguir la satisfacción del derecho a ser resarcido por el daño sufrido, evitando con la misma que la confusión sobre la naturaleza de la acción a ejercitar deje a aquel privado de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Hablamos aquí de la llamada yuxtaposición de responsabilidades, la cual se produce siempre que exista una relación obligatoria previa entre el causante del daño y el perjudicado, sin que nuestra Jurisprudencia admita que la teoría de la unidad de culpa civil pueda utilizarse al objeto de aplicar las normas que regulan las relaciones contractuales a una responsabilidad nacida fuera del ámbito subjetivo del contrato, tal y como nos lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009.

Sin embargo hay determinados supuestos ante los que, si nos detenemos a examinar cual ha sido la pretensión efectuada por el reclamante y la causa de pedir en la que se basa, nos surge la duda acerca del acierto jurídico que la aplicación de dicha doctrina provoca en la resolución de aquellos. Pensemos por ejemplo en los asuntos donde se exige responsabilidad al promotor por los vicios constructivos sufridos en las viviendas que han sido adquiridas por los propietarios frente al mismo. Con la entrada en vigor de la LOE existe un marco normativo específico que regula las obligaciones de los distintos agentes que intervienen en la edificación, estableciendo un régimen de responsabilidades para los mismos y determinando los requisitos y plazos de caducidad y prescripción para el ejercicio de

La doctrina de la unidad de culpa civil se viene aplicando en supuestos donde existe un punto de confusión y solapamiento entre la naturaleza de la responsabilidad contractual y extracontractual que nace tras la producción de determinados siniestros, especialmente en aquellos donde el incumplimiento de la obligación que genera el daño resulta de las normas que regulan el contrato pero, como dice nuestra Jurisprudencia, trasciende a bienes de especial importancia.

Esta doctrina se aplica en supuestos donde concurren acciones basadas en un incumplimiento contractual y en un ilícito extracontractual, dándose la oportunidad al perjudicado para que elija entre poder ejercitar la acción cuya naturaleza estime más conveniente o para que ejercite ambas acciones de forma conjunta, formulando una solicitud alternativa o incluso acumulada en base a las mismas. Asimismo nos encontramos supuestos donde nuestra Jurisprudencia viene admitiendo que el perjudicado aporte al Juzgador tan sólo los hechos en los que basa su reclamación, para que sea aquel quien decida sobre el tipo de responsabilidad que entiende cometida y

las acciones que nacen ante el incumplimiento de dichas obligaciones. Pues bien, pese a la plena aplicación de la citada Ley para los supuestos previstos en la misma y siempre que la reclamación se base en la existencia de vicios constructivos, nuestra Jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que estos agentes de la construcción respondan también frente al perjudicado en base a las acciones contractuales nacidas ante el incumplimiento de las obligaciones de tal carácter que surgen entre ellos. Hasta aquí la aplicación de la teoría de la unidad de culpa civil nos puede resultar acertada, por cuanto respeta la compatibilidad de acciones surgidas por aplicación de la LOE y las nacidas de la relación contractual mantenida entre las partes. Pero la duda nos surge al pensar que nuestra Jurisprudencia en aplicación de la citada doctrina esté estimando reclamaciones en las que la causa de pedir que ha fundado la acción ejercitada no ha sido el incumplimiento contractual, sino la existencia de vicios constructivos; es decir, al demandante le basta con alegar la existencia de tales vicios constructivos para ni tan siquiera tener que fundamentar el tipo de acción que está ejercitando, si es la nacida de la LOE o la nacida ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales que vinculaban a las partes, pues va a ser el órgano judicial quien decida finalmente en virtud de qué acción estima la demanda.

Ejemplo de la anterior situación es la resuelta en la reciente **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016**, donde estimando que no se dan los supuestos previstos en la LOE para que los vicios constructivos sufridos en la vivienda del demandante pudiera generar responsabilidad de los agentes demandados, sí que considera que igualmente la pretensión de la parte actora debe ser estimada en base a un incumplimiento contractual del promotor, y ello a pesar de que el actor no planteó la defensa de su pretensión justificando la existencia de tal incumplimiento contractual, sino que sólo se basó en la prueba sobre la existencia de los defectos constructivos en aras a cumplir los requisitos exigidos por la LOE.

Por mi parte considero que esta solución relaja demasiado los presupuestos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para la estimación de cualquier acción, la cual debe cumplir los requisitos que le son exigibles en función de la normativa específica que la regula, y que aun resultando un instrumento eficaz en aras a conseguir la efectividad del derecho a la reparación del daño sufrido por el perjudicado, también puede convertirse en un resultado que atente al derecho a la tutela judicial efectiva de



CULPA CONTRACTUAL

la parte demandada en su vertiente del derecho a la defensa. Y ello por cuanto el demandado se puede ver sorprendido por una resolución que resuelve sobre unos parámetros que no han sido objeto del litigio, estimando la existencia de una acción que incluso en algunos casos no ha sido ni tan siquiera ejercitada por la parte actora.

Este resultado además nos hace preguntarnos acerca de la efectividad de algunas normas, como pudiera ser la LOE en cuanto a su ámbito de aplicación material. Y es que comprobamos cómo no se trata de un ámbito material exclusivo, pues la existencia de vicios constructivos va a poder ser utilizado tanto para ejercitar las acciones prevista en dicha Ley como las nacidas por incumplimiento contractual, careciendo de sentido en muchos casos las previsiones que la misma contiene en cuanto a plazos de caducidad y prescripción, y ello con las trascendentes consecuencias procesales que esto conlleva.

Esta doctrina de la unidad de culpa civil se ha venido aplicando también de forma reitera en materia de responsabilidad civil médica, y ello en atención a la acumulación de acciones que se plantean en estos supuestos frente a los distintos posibles responsables del daño causado.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL

En este sentido y bajo el amparo de la protección del paciente que ha resultado perjudicado, nuestra Jurisprudencia ha venido acudiendo a la yuxtaposición de responsabilidades para resolver en función de los hechos objetos de debate y sin que la fundamentación jurídica alegada en la demanda fuera fundamental a la hora de resolver en Sentencia. Así, entre otras, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de julio de 2012 sostiene que no puede tacharse de incongruente la resolución que funda la decisión en normas de responsabilidad distintas de las invocadas, en base a este concepto de “unidad de culpa” con integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda. Desde esta idea, y desde la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, lo que se ha hecho es identificar el origen o causa del daño a través del relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, ni excusa un pronunciamiento de fondo si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o

viceversa; solución que no confunde una y otra responsabilidad, como no podía ser de otra forma.

Vemos de este modo cómo el reclamante no queda vinculado por la acción que ejercita en su demanda, pues en base a la teoría invocada el Juzgado o Tribunal va a poder resolver aplicando las normas relativas a otra acción distinta a la que ha sido invocada por aquel, sin que ello suponga en modo alguno incongruencia en la sentencia.

No obstante podemos comprobar cómo en los últimos años nuestra Jurisprudencia viene haciendo un esfuerzo argumentativo a la hora de analizar si en el supuesto de hecho concurren o no los requisitos legales para que podamos hablar de responsabilidad contractual o extracontractual, con las consecuencias que a efectos de regulación de la relación jurídica esto va a suponer. Este es el caso de Sentencias como la de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2015 en la que para resolver un Recurso de Casación donde se acude a la aplicación de la teoría de la yuxtaposición de responsabilidades para defender la falta de prescripción de la acción ejercitada por parte del recurrente, el Tribunal Supremo fundamenta

la inaplicación de dicha teoría en la inexistencia de los elementos esenciales que pudieran dar lugar al nacimiento de una relación contractual, lo que conlleva que sea imposible la aplicación a la misma de las normas que rigen en materia de prescripción. Entiende la Sala Primera que no es posible extender la relación contractual al profesional sanitario que le prestó la asistencia negligente, puesto que el contrato médico no se había concluido con la reclamante, sino que con quien aquella mantiene una relación contractual es sólo con la aseguradora y no con el personal médico que la asistió. Explica la Sentencia que se produjo un concurso de acciones: por responsabilidad en el cumplimiento del contrato concluido con la aseguradora y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. La primera prescribe a los 5 años, conforme al artículo 23 de la LCS, en cuanto resulta del contrato de seguro, norma especial de aplicación, según el artículo 1969 CC, a cuyo tenor “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamenta en la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 de Código Civil.

Y termina la argumentación de esta sentencia aludiendo a un sentir que es prácticamente unánime en nuestra Doctrina, y al que muchos autores hacen alusión en sus artículos en materia sobre prescripción de acciones por responsabilidad civil, se trata de considerar que el motivo de que nos encontremos ante estas resoluciones judiciales que admiten, a los efectos que nos ocupan, la aplicación de la yuxtaposición de responsabilidad se encuentra en el hecho más que cierto de que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto. Pero tal y como nos fundamenta esta Sentencia, este hecho deberá llevarnos a considerar que la aplicación del instituto de la prescripción no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, pero nunca a que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (STS de 16 de marzo 2010).

En conclusión, se trata, entiendo, de darle un giro a la concepción tradicional de la unidad de culpa, la cual como ya nos explicaba **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** -como siempre de una forma magistral-, con ocasión de la ponencia “*El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y*

asimilados”, impartida en el segundo Congreso Nacional de nuestra Asociación, allá por el año 2002 cuando aún ejercía de magistrado de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, consideraba que en nuestro Ordenamiento existe una tendencia a la configuración de un Derecho común de responsabilidad civil. En este sentido, la jurisprudencia se pronuncia en torno a la llamada «unidad de la culpa civil», que supone una aproximación, fundada en la identidad de naturaleza, entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, declarando que la responsabilidad extracontractual es perfectamente ejercitable en supuestos como los antes citados sobre negligencia médica, dónde, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual del artículo 1104 del Código Civil, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales.

Quizás en esta idea, que sitúa la grave lesión de un determinado derecho en el eje central que justifica la aplicación de la llamada teoría de la unidad de culpa, podamos entender y por tanto compartir de una forma más justificada las consecuencias jurídicas a las que finalmente conlleva dicha teoría. No obstante, considero que los Juzgados y Tribunales deben hacer un esfuerzo por delimitar los requisitos de una y otra acción, examinando el presupuesto de hecho objeto de litigio y la pretensión ejercitada por la parte actora en su demanda, de manera que la sentencia que resuelva sobre el supuesto en cuestión atienda primordialmente a la acción que realmente ha sido ejercitada, acudiendo a la teoría de la yuxtaposición de responsabilidades tan sólo en aquellos casos en los que realmente resulte imposible la delimitación del tipo de responsabilidad generada en atención a su origen. De esta forma considero que se estará dando cumplimiento tanto a los dictados impuestos por el principio de seguridad jurídica, como a los que surgen en la protección de derechos fundamentales ante supuestos de graves incumplimientos de obligaciones, marcando con ello una unificación de criterios a la hora de resolver este tipo de asuntos, objetivo éste que es el siempre deseado por cualquier abogado.

Enero de 2017



Accidentes de circulación y de trabajo. Delimitación de responsabilidades y coberturas

José A. Badillo Arias

Delegado Territorial del CCS en Madrid,
Doctor en Derecho

Con cierta frecuencia se producen accidentes de circulación que, a su vez, también son accidentes de trabajo¹ -porque se utiliza el vehículo de forma profesional²- o accidentes *in itinere*, que tienen la misma consideración, al ser ocasionados en el trayecto que hay entre el domicilio del empleado y el trabajo o viceversa. Es el caso, por ejemplo, del atropello por parte del conductor de un vehículo a un peatón

¹ Sostienen ARIAS DOMÍNGUEZ A./SEMPERE NAVARRO A.V., *Accidentes Laborales de Tráfico*, Aranzadi, 2ª edic., Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 319, que “Aunque el porcentaje de accidentes de tráfico sobre el total de los de trabajo no es especialmente relevante en términos cuantitativos, el análisis cualitativo de la cuestión sí revela un cierto interés, en la medida en que prácticamente el cuarenta por ciento de los accidentes mortales de trabajo son de tráfico”.

² Cfr. ARIAS DOMÍNGUEZ A./SEMPERE NAVARRO A.V., *Accidentes Laborales de Tráfico...*, op. cit., pág. 65. A juicio de los autores, se alude a la “posibilidad de que se produzca un accidente laboral de tráfico que afecte a un trabajador cuyo cometido laboral sea precisamente conducir. Transportistas, taxistas, conductores de autobuses, o de camiones de mercancías, visitantes, viajeros, etc., suelen tener vínculos de naturaleza laboral que cubren de forma privilegiada las contingencias profesionales”.



cuando éste se dirige a su trabajo. Se trata de un accidente de circulación, del que debe hacerse cargo el seguro obligatorio de responsabilidad civil de la circulación del conductor del vehículo y, también, al ser un accidente de trabajo, debe cubrirlo el seguro público (Seguridad Social).

El artículo 115.2 a) la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el RDL 1/1994, de 20 de junio, indica que tendrán la consideración de accidentes de trabajo, entre otros, los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. El mismo artículo, en el apartado 5 b) aclara que no impedirán la calificación como un accidente de trabajo, la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero -que sería el caso, por ejemplo, de un atropello-, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

Podríamos decir que en estos supuestos concurren dos seguros, el SOA, de naturaleza privada, que garantiza la responsabilidad civil por los daños ocasionados a un tercero por parte del conductor asegurado y el seguro público de la Seguridad Social, que tendría una estructura similar a la de un seguro de accidentes, con ciertas particularidades que le otorga, precisamente, ese carácter público. Por tal motivo, este seguro, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera haber por parte de

los obligados al pago³, otorga cobertura a su “asegurado” (el trabajador) de forma objetiva, con independencia de su responsabilidad en el accidente.

Por tanto, al concurrir el seguro de responsabilidad civil del vehículo con otro seguro público, cuya naturaleza es similar a un seguro de accidentes, en principio, no debería haber problemas respecto a la compatibilidad de ambos, de forma similar a lo que sucede cuando concurre el Seguro Obligatorio de Viajeros y el SOA, cuando estamos ante un accidente de circulación en el que el vehículo tiene la obligación de tener contratados ambos seguros.

³ En nuestro país, a diferencia de alguno de los países de nuestro entorno, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, solo pueden repetir al tercero responsable, en este caso a la entidad aseguradora del vehículo, las prestaciones asistenciales. Así lo establece el párrafo 2º del artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el RDL 1/1994, de 20 de junio: “Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley”.

Así lo declara la SAP de Murcia, de 10 de junio de 2014 (JUR 2014\183627), al decir que la jurisprudencia de forma unánime ha venido manifestando la absoluta compatibilidad de las indemnizaciones que pudiera corresponder a un lesionado dentro del ámbito laboral y las que le corresponden con cargo al seguro obligatorio de vehículos de motor. Para la Sala, el hecho de que el accidente pueda ser calificado como laboral no implica en modo alguno que no pueda ser considerado igualmente como un accidente de tráfico y el perjudicado tenga derecho a las indemnizaciones que según la legislación de cada orden le puedan corresponder por los mismos hechos, pues como reiteradamente se ha señalado, cada una de las indemnizaciones tiene una finalidad completamente diferente y de ahí la compatibilidad entre ellas. Por poner un ejemplo, añade la sentencia, si un camionero que trabaja conduciendo un camión por cuenta ajena sufre un accidente de tráfico durante su jornada laboral cuando está circulando con dicho vehículo, nadie pone en tela de juicio que tendrá derecho a la indemnización que conforme a la legislación laboral le pueda corresponder por el contrato de trabajo, así como a la indemnización que corresponda por aplicación del baremo de tráfico con cargo al seguro obligatorio.

Sin embargo, esto que acabamos de decir no está tan claro. La jurisdicción civil y penal, hasta hace unos años, ha mantenido la compatibilidad de las indemnizaciones de las que venimos hablando. Pero la jurisdicción laboral, cuando resolvía asuntos de responsabilidad civil del empresario, en términos generales, al condenarle como responsable civil, descontaba de la indemnización que le correspondía al trabajador perjudicado, lo pagado al mismo por la Seguridad Social⁴.

Y es que, como veremos, por las particularidades específicas de este “seguro” público, que quizá no encaje en lo que es un seguro propiamente dicho, no se ha considerado por parte de nuestra jurisprudencia como

un seguro privado de accidentes y de ahí que se haya discutido su compatibilidad con el SOA u otros seguros de responsabilidad civil con los que pueda concurrir⁵. Por eso, a diferencia de lo que ha ocurrido con los seguros de accidentes privados, sobre los que nunca se ha discutido su compatibilidad entre sí y con otros seguros de responsabilidad civil, en el seguro social siempre ha estado latente la llamada “*compensatio lucri cum damno*”, recogida en nuestro artículo 1106 del Código Civil, en virtud de la cual, nadie puede enriquecerse a costa de otro⁶, de tal forma que se considera el daño “único”. Por ello, si hay varios obligados a indemnizar, como es el caso del “seguro social” y cualquier otro seguro de responsabilidad civil, no podrá pagarse más del valor del daño⁷. De este modo, por ejemplo, si un trabajador ya ha cobrado un determinado concepto del daño en la legislación laboral, no podrá ser indemnizado por el mismo concepto por otro

⁵ Vid. BATALLER GRAU J./LA TORRE CHINER N./OLAVARRIA IGLESIA J. *Derecho de los Seguros Privados*, edit. Marcial Pons, 2007. Precisan que los seguros sociales, en la actualidad, son un régimen general coactivo, alejado de parámetros contractuales, donde las técnicas propias de los seguros privados han sido superadas (...). En definitiva, este sistema carece de las notas de voluntariedad, libertad y proporcionalidad entre la prima y el riesgo propias de los seguros privados.

⁶ Vid MEDINA ALCOZ M. “La *compensatio lucri cum damno* en la responsabilidad civil extracontractual: la denominada teoría del descuento”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº 3, año 41, marzo de 2005, pág. 16. Manifiesta que: “Con la expresión latina *compensatio lucri cum damno*, acuñada por la doctrina de la glosa (sobre la base de concretos textos del Derecho romano), suele aludirse a una serie diversa de situaciones determinantes de que el responsable no tenga que resarcir al perjudicado por aquellos daños y perjuicios que dejan de serlo o que se palián, en virtud de las ventajas (*damnum cessans*; *lucrum emergens*) obtenidas con ocasión del hecho dañoso. Pese a la generalidad de su expresión, esta especie de definición descriptiva permite una aproximación inicial al estudio de esta figura que, como tal, apenas ha sido acogida por nuestra jurisprudencia. Pero, previamente, hay que hacer una aclaración terminológica”.

⁷ Vid. VICENTE DOMINGO E. *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 306. Sobre esta cuestión, manifiesta que el principio de la reparación integral encuentra su apoyo en el artículo 1.106 C.c., extendiéndose a los daños no patrimoniales, a pesar de que éstos no encajan ni en el concepto de daño emergente ni en el del lucro cesante. Dice también que parece coherente con la reparación integral aceptar que la víctima no puede obtener, a través del resarcimiento, un enriquecimiento que suponga una medida superior a la del daño padecido, por lo que, según cierto sector de la doctrina, si el hecho causante del mismo provoca también ventajas para el perjudicado, causalmente conectadas, estos lucros deberían reducir el importe de la indemnización.

⁴ Así lo mantiene, CHECA GARCÍA M., “Consolidación de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación a las indemnizaciones a satisfacer a los trabajadores perjudicados por accidente laboral, tras las Sentencias de 17 de julio de 2007”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº 4, año 45, abril de 2009, pág. 26, al afirmar: “De todos era conocida la diferencia que se recogía en las Resoluciones, según fuera la Jurisdicción que enjuiciara el supuesto concreto, siendo en general más generosas las Jurisdicciones Penales y Civiles a efectos de la cuantificación de la indemnización a satisfacer, que la Social, por descontarse en esta última de forma automática a la cantidad reclamada las prestaciones que dicho trabajador hubiera percibido a través de la Seguridad Social”.

obligado al pago⁸, salvo que no lo haya cobrado en su totalidad. En tal caso, se le descontará lo abonado por la Seguridad Social⁹.

Sobre esta cuestión y sobre las diferentes interpretaciones que se estaban haciendo en las distintas jurisdicciones sobre la compatibilidad o no de la percibido en la legislación laboral, como las indemnizaciones a las que tenía derecho el trabajador perjudicado por la responsabilidad civil del empresario o de cualquier otro responsable, fueron decisivas las dos Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2007.

Una de ellas, la STS (Sala 4ª), de 17 de julio de 2007 (RJ 2007\8303), dictada en un procedimiento en el que se solicitaba la condena por responsabilidad civil del empresario, que podría ser equiparable a la responsabilidad civil del conductor de un vehículo a motor, establece los conceptos que pueden compensarse por lo percibido por el trabajador por la legislación laboral¹⁰.

⁸ Vid. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA J. "Prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones por responsabilidad civil. ¿proyección sobre los accidentes de circulación?", *XXVI edición del Congreso de Derecho de la Circulación*, Inese, Madrid 26 y 27 de abril de 2010. Al hablar de la *compensatio lucri cum damno*, sostiene que: "cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto".

⁹ Cfr. MEDINA CRESPO M. *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño producido*, edit. Bosch, Hospital de Llobregat (Barcelona), octubre de 2015, pág. 53. Sostiene que "La *compensatio lucri cum damno*, alude a la computación reductora de las ventajas que el perjudicado obtiene por razón del hecho dañoso, como técnica con que medir el daño resarcible y cuantificar la responsabilidad civil. Se aquilata así el resarcimiento del daño mediante el descuento del importe de los beneficios obtenidos. Se trata de que, para que la indemnización cumpla de modo cabal su función reequilibrante, debe deducirse del valor del daño injustamente padecido por el perjudicado el importe de las ventajas que se generan a partir de él y merced a él".

¹⁰ Sobre esta sentencia, LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA J. "Prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones por responsabilidad civil...", op. cit., dice que representa un antes y un después en materia de compensación de indemnizaciones, pues establece que esta no puede realizarse de forma indiscriminada, sino que tiene que operar a través de conceptos homogéneos, de tal manera que las prestaciones sociales al tener carácter resarcitorio patrimonial sólo pueden compensarse con aquellas partidas de la indemnización civil que respondan a ese mismo concepto, sin que, por tanto, puedan utilizarse para disminuir la indemnización asignada a los perjuicios de carácter personal.

La sentencia parte de que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, lo que en derecho romano se llamaba "*restitutio in integrum*" o "*compensatio in integrum*". Para ello, la Sala recurre al sistema de valoración de daños personales en accidentes de circulación, regulado en el Anexo de la LRCSCVM, que en este ámbito tiene carácter orientativo, porque solo es vinculante para la determinación y valoración de los daños producidos en los accidentes de circulación.

Para la sentencia, el daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. De este modo, solo pueden compensarse conceptos homogéneos que se pudieran haber cobrado en sede laboral, pero no conceptos heterogéneos. Así, por ejemplo, si las prestaciones que el trabajador ha percibido de la Seguridad Social, se consideran como perjuicio patrimonial, no podrá ser indemnizado por el responsable civil por este mismo concepto, salvo que no se hubiera percibido en toda su integridad. En sentido contrario, las indemnizaciones correspondientes al daño moral no podrán ser compensadas, porque la seguridad social no resarce este tipo de daños¹¹.

En definitiva, de lo que se trata es de que el trabajador, que ha percibido una serie de prestaciones de la Seguridad Social de carácter patrimonial, no sea indemnizado por los mismos

¹¹ Vid. MEDINA CRESPO M., "Comentario a la STS (Sala 4ª) de 17 de Julio de 2007", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº 23 - octubre 2007. A juicio del autor, esta sentencia, se atiene al criterio de que las indemnizaciones civiles y las indemnizaciones laborales no son absolutamente compatibles e independientes, sino relativamente compatibles e interdependientes, pues unas y otras en junto están llamadas al cumplimiento del principio de la reparación íntegra, sin que el mismo pueda ser vulnerado por exceso con el reconocimiento de la indemnización civil por conceptos dañosos resarcidos en aplicación de la legislación protectora de la Seguridad Social.

conceptos por el responsable del daño y sí lo sea por aquellos que no ha percibido, de modo que ni el trabajador cobre dos veces el mismo concepto, ni el obligado al pago se beneficie, porque se descuenta todo lo pagado por la Seguridad Social, como estaba ocurriendo en la jurisdicción social hasta esa sentencia, en aplicación de la llamada *compensatio lucri cum damno*.

La doctrina de esta sentencia ha sido matizada por la STS (Sala IV), de 23 de junio de 2014 (RJ 2014\4761)¹², estableciendo que el factor corrector de la Tabla IV (incapacidad permanente para la ocupación habitual) del baremo, resarce únicamente el daño moral que supone para el trabajador accidentado su situación de incapacidad permanente y no, como había dicho la Sentencia comentada anteriormente, daño moral y daño patrimonial. Por ello, a partir de la STS de 23 de junio de 2014, por el concepto de incapacidad permanente para la ocupación habitual, como ya no se resarce ningún perjuicio patrimonial, no se puede compensar daño patrimonial alguno percibido por el trabajador a cargo de la Seguridad Social.

Aunque los casos analizados en las sentencias comentadas son relativos a la responsabilidad civil del empresario por daños a un trabajador, esta doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya consolidada, es válida también para cualquier supuesto de responsabilidad civil, que concurra con un accidente laboral, como puede ser los accidentes de circulación, en los que se determine la responsabilidad civil del conductor y de su aseguradora¹³.

Sin embargo, no hemos encontrados pronunciamientos de la jurisprudencia menor ni de las Salas 1ª y 2ª del Tribunal Supremo, sobre esta doctrina de la Sala 3ª, que también consideramos aplicables a los accidentes de circulación.

Quizá por ello, en el Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al calcular el lucro cesante del lesionado de un accidente de circulación, se tiene en cuenta lo que percibirá por este concepto de la Seguridad Social¹⁴. Así, en el apartado 1º del artículo 127, se establece que: *“para el cálculo del lucro cesante del lesionado se multiplican sus ingresos netos o una estimación del valor de su dedicación a las tareas del hogar o de su capacidad de obtener ganancias, como multiplicando, por el coeficiente actuarial que, como multiplicador, corresponda según las reglas que se establecen en los artículos siguientes”*.

A su vez, el apartado 4 del artículo 132, dispone que el multiplicador es el coeficiente que para cada lesionado resulta de combinar, entre otros factores: *“Las pensiones públicas a las que tenga derecho el lesionado, tales como las de incapacidad permanente, absoluta, total o parcial, son objeto de estimación, pero puede acreditarse la percepción de pensiones distintas a las estimadas...”*.

De lo que se trata, por tanto, al calcular el lucro cesante del lesionado por un accidente de circulación, es de restar lo que ha percibido por el mismo concepto de la Seguridad Social, por pensiones públicas, para que no se duplique la indemnización que cobrará por este concepto¹⁵.

¹² Vid. comentario de esta sentencia, CHECA GARCÍA M., “Accidente de trabajo. cambio de doctrina jurisprudencial. Sentencia de Pleno Sala de lo Social del Tribunal Supremo determinando exclusivamente como daño moral el factor corrector de la tabla IV del sistema valorativo, para los supuestos de incapacidades permanentes”, *Revista de Responsabilidad, Circulación y Seguro*, nº 11, año 50, diciembre de 2014.

¹³ Así lo indicaba, incluso, antes de la aprobación del nuevo baremo, LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA J.M., “Efecto expansivo del nuevo baremo de tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, nº 54, 2º trimestre, año 2015, pág. 18, al sostener que “dado que el juez social está sometido a la disciplina común de la RC que se rige por la reparación íntegra, lo mismo que puede decidir la utilización de modo facultativa del baremo, puede acudir a otros cánones valorativos, como puede ser perfectamente el nuevo baremo que en la actualidad está a punto de concluir su trámite parlamentario”.

¹⁴ Vid sobre este asunto, MEDINA CRESPO M. “Implicaciones del orden laboral en el nuevo Baremo de Tráfico”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA J./LÓPEZ JIMÉNEZ A. (Coords.), *Sobre la responsabilidad civil y el nuevo baremo de daños* (Ponencias del XVI Congreso Nacional de la Asociación de abogados especialistas en responsabilidad civil y seguro). Edit. Sepin. Las Rozas (Madrid), 2016. Indica el autor que “Una de las muchas novedades del nuevo Baremo de Tráfico es que consagra el funcionamiento coordinado del orden valorativo civil y del orden valorativo laboral. Con ello se pone fin a una situación tradicional en la que estos ordenamientos han operado, en general, de forma completamente disociada”.

¹⁵ Sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA J.M., “Efecto expansivo del nuevo baremo de tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales...”, op. cit., pág. 18, cuando dice: “(...) es importantísimo captar que el nuevo baremo regula de forma completamente novedosa el resarcimiento del lucro cesante por la muerte y por las lesiones permanentes incapacitantes, pues además establece que las cantidades con que tiene que resarcirse el lucro cesante se calculan con parámetros actuariales entre los que se encuentra, según recoge el propio texto, el descuento de las cantidades percibidas como prestación social”.



Por tanto, para los accidentes de tráfico ocurridos a partir del 1 de enero de 2016¹⁶, ya no será necesario descontar lo percibido por la Seguridad Social, porque el propio sistema ya contempla dichos descuentos al calcular el lucro cesante. Por la misma razón, si se aplica el baremo de tráfico, en sus propios términos, con carácter orientativo en la jurisdicción social, tampoco habrá que descontar nada, porque ya está previsto en las Tablas del sistema.

Hasta ahora hemos analizado la concurrencia del SOA con el seguro de la Seguridad Social. Pero podría ocurrir que, en un accidente de trabajo y de circulación en el que intervengan ambos, entren en juego otros seguros de accidentes o de responsabilidad civil del empresario. Es decir, no tiene por qué concurrir solo el SOA y el seguro social, sino que pueden intervenir en el mismo hecho dañoso, además, otros seguros. La SAP de Asturias de 18 de diciembre de 2013 (ARP 2014\156), analiza un supuesto de esta naturaleza. Por la impericia de un trabajador, atropella con un tractor a un tercero y se condena al encargado de seguridad, por no haber formado adecuadamente al causante del daño, al trabajador que provoca el accidente y a la entidad aseguradora que garantizaba la

responsabilidad civil del empresario, y a la que garantizaba el SOA del vehículo que ocasionó el atropello.

Tanto el juzgador de instancia como la Audiencia Provincial calificaron los hechos como accidente de trabajo y accidente de circulación. En sus recursos de apelación, que fueron desestimados, las entidades aseguradoras alegaron, la del SOA, que era un supuesto de responsabilidad civil empresarial y la que garantizaba la responsabilidad del empresario, obviamente, que se trataba de un hecho de la circulación.

La sentencia en primera instancia, que es confirmada por la Audiencia Provincial, había condenado solidariamente a ambas entidades. La Audiencia matiza que la responsabilidad es solidaria frente al perjudicado conforme a la cual aquél puede exigir a cualquiera de ellos el total de la indemnización de su perjuicio (siempre dentro de los límites de lo contratado), sin perjuicio de la acción de repetición que ostenta la aseguradora que se haga cargo del siniestro. De conformidad con ello cofirma la condena solidaria recaída en instancia con la consiguiente desestimación de los motivos esgrimidos por las partes recurrentes.

En estos casos, en los que se condena solidariamente a dos entidades aseguradoras que cubren el mismo riesgo de responsabilidad civil, como ésta es única, estaríamos ante un seguro múltiple, en el que ambas responden frente al perjudicado por todo el daño, sin perjuicio del derecho de repetición que tuviera

¹⁶ Por ello, nos dice MEDINA CRESPO M. "Implicaciones del orden laboral en el nuevo Baremo de Tráfico...", op.cit., pág. 194, que "Ya no se está ante dos ordenamientos independientes marcados por su ajenidad recíproca, afirmada *contra naturam* y, por tanto, *contra rationem*. Antes bien, se está ante dos ordenamientos relacionados por la vinculación que impone la regulación de materias caracterizadas por su identidad parcial (*rex mixta*), confirmándose en ese punto la unidad del Derecho".



frente a la otra la que hubiera indemnizado al perjudicado.

Obviamente, si hay dos seguros de responsabilidad civil, en ningún caso se podría indemnizar más del daño causado, porque en este supuesto -y esto no es discutible- sí se infringiría el principio indemnizatorio. En estos casos, al concurrir los seguros de responsabilidad civil con las prestaciones de la Seguridad Social, aplicaríamos los criterios que hemos visto en los párrafos anteriores. No obstante, si la concurrencia fuera con otros seguros de accidentes, como el seguro de esta naturaleza pactado en distintos Convenios Colectivos, serían compatibles con las indemnizaciones a los que tuviera derecho el trabajador por el seguro laboral y, en su caso, por la responsabilidad civil que pudiera darse.

Bibliografía

ARIAS DOMÍNGUEZ A./SEMPERE NAVARRO A.V., *Accidentes Laborales de Tráfico*, Aranzadi, 2ª edic., Cizur Menor (Navarra), 2011.

BATALLER GRAU J./LA TORRE CHINER N./OLAVARRIA IGLESIA J. *Derecho de los Seguros Privados*, edit. Marcial Pons, 2007.

CHECA GARCÍA M., “Consolidación de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación a las indemnizaciones a satisfacer a los trabajadores perjudicados por accidente laboral, tras las Sentencias de 17

de julio de 2007”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº 4, año 45, abril de 2009.

CHECA GARCÍA M., “Accidente de trabajo. cambio de doctrina jurisprudencial. Sentencia de Pleno Sala de lo Social del Tribunal Supremo determinando exclusivamente como daño moral el factor corrector de la tabla IV del sistema valorativo, para los supuestos de incapacidades permanentes”, *Revista de Responsabilidad, Circulación y Seguro*, nº 11, año 50, diciembre de 2014.

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA J. “Prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones por responsabilidad civil. ¿proyección sobre los accidentes de circulación?”, *XXVI edición del Congreso de Derecho de la Circulación*, Inese, Madrid 26 y 27 de abril de 2010.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA J.M., “Efecto expansivo del nuevo baremo de tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, nº 54, 2º trimestre, año 2015.

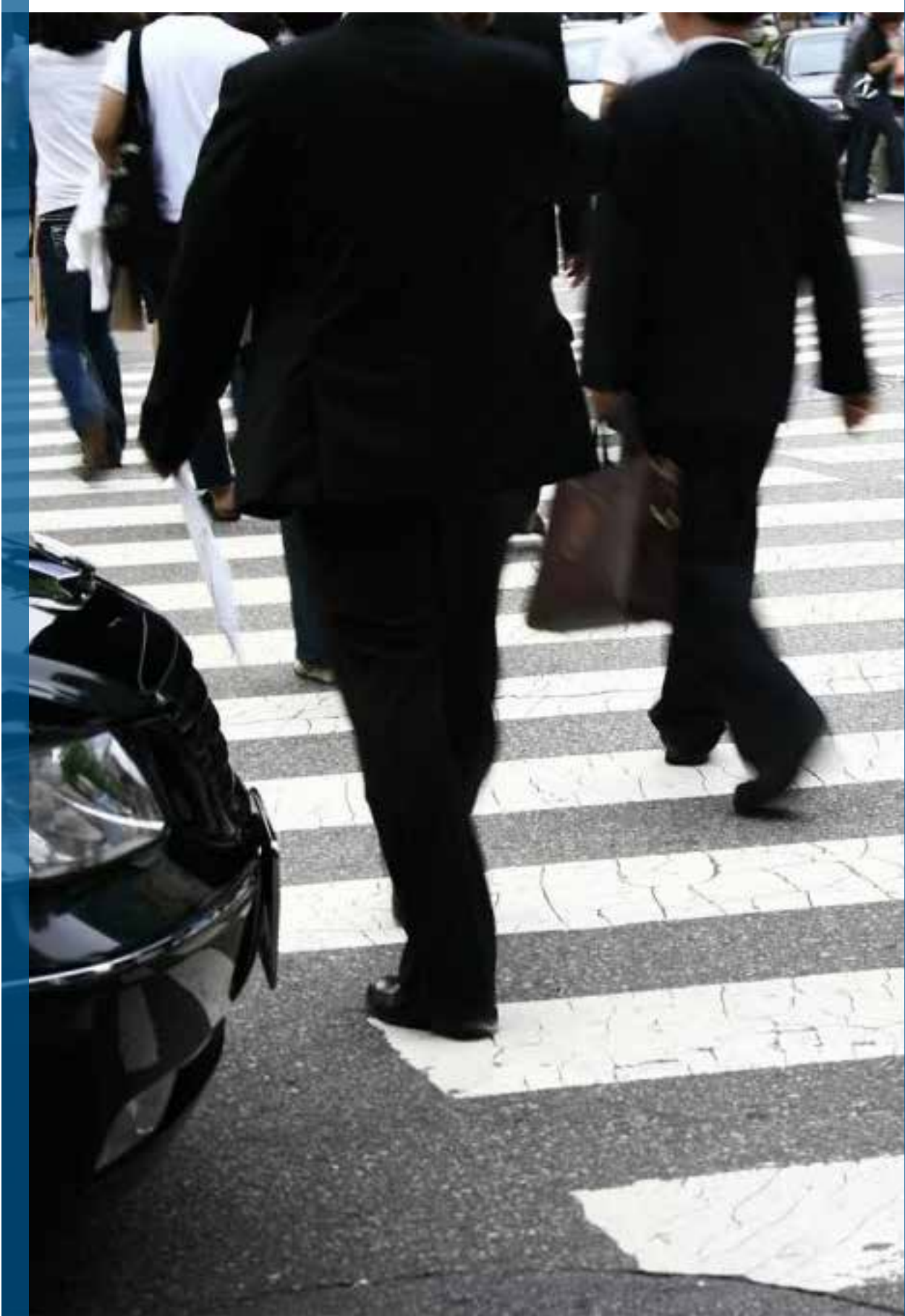
MEDINA ALCOZ M. “La *compensatio lucri cum damno* en la responsabilidad civil extracontractual: la denominada teoría del descuento”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº 3, año 41, marzo de 2005.

MEDINA CRESPO M., “Comentario a la STS (Sala 4ª) de 17 de Julio de 2007”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº 23 - octubre 2007.

MEDINA CRESPO M. *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño producido*, edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), octubre de 2015.

MEDINA CRESPO M. “Implicaciones del orden laboral en el nuevo baremo de tráfico”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA J./LÓPEZ JIMÉNEZ A. (Coords.), *Sobre la responsabilidad civil y el nuevo baremo de daños* (Ponencias del XVI Congreso Nacional de la Asociación de abogados especialistas en responsabilidad civil y seguro). Edit. Sepín. Las Rozas (Madrid), 2016.

VICENTE DOMINGO E. *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.





Hacia una nueva dogmática en el régimen de contratación, también en los contratos de seguro

Diego Elum Macias
Abogado

EXIGENCIA DE ADAPTACIÓN HISTORICA AL CAMBIO SOCIAL

Decía el profesor Diez-Picazo, en su magnífica obra “Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho, Barcelona, 1983”, que la experiencia histórica era una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. Para precisar, más adelante, que una postura negativa del cambio jurídico resultaba insostenible lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica. Por lo que la admisibilidad de una interpretación evolutiva o de reajuste del ordenamiento jurídico, le parecía del todo irrecusable.

Del mismo modo, la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil, viene a establecer la base 20 lo siguiente: *“Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de la que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aún en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la trasmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad como en cuanto a la libertad de los que lo presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden”*. Esta Ley de Bases, a la que se termina de hacer mención, fue la que dio lugar a la publicación en la Gaceta de Madrid del 30 de Julio de 1889 de nuestro vigente Código Civil.

El espíritu sentado en la base transcrita, viene a enfatizar los principios sobre los que se debía de asentar la regulación de la contratación. Las condiciones del consentimiento, la capacidad y la libertad de los que lo presten, se señalan como el eje sobre el que debe de gravitar la normativa legislativa. Este debía ser pues el espíritu del Legislador decimonónico. Sucede que, la experiencia histórica vigente al momento del otorgamiento de tal cuerpo legislativo, no podía contemplar el desarrollo y los avances que el progreso pudiera conllevar y que hiciera adoptar nuevas formas de contratación que por su propia contextualización pudieran llegar a desvirtuar ese eje maestro garantista de la capacidad dispositiva, y en definitiva de la libertad de los contratantes. El legislador de nuestro Código Civil no podía concebir el tipo de contratación mayoritariamente aplicado en la actualidad, nos estamos refiriendo a la contratación seriada o de condiciones generales. Era la convención de las partes la que venía a constituir el formato contractual vigente en la época. El devenir de los tiempos, la adaptación de nuevos ingenios que han permitido la estandarización de nuevas formas de contratar, así como el muchas veces descartado consentimiento con que se ha permitido actuar en el mundo económico a quienes ostentaban posiciones de poder, ha proyectado un aquietamiento en que las cosas eran así porque así debían ser.

Pero desde la entrada en vigor de nuestro Código Civil, se ha producido una evidente experiencia de cambio y que está empezando a romper el techo de cristal literalista de nuestra normativa reguladora de la contratación conforme socialmente está más presente el ideal de la transparencia en la convivencia social y, por ende, en la progresiva evolución jurídica de la misma. Importancia que no sólo se manifiesta en el actual entendimiento de nuestra organización política, en el correcto funcionamiento de los poderes públicos y de la propia administración, sino también y, sobre todo, en el seno de los valores y convicciones que la sociedad reclama para que se realice el ideal de lo justo.

En consideración a estas referencias de orden histórico evolutivo, cumple señalar, a día de hoy, la existencia de dos claras tendencias en la interpretación de la actual regulación de las normas de contratación, inmovilista una, que conlleva necesariamente el reconocimiento de una serie de privilegios que se han ido acumulando respecto de la posición más fuerte en la contratación y, otra, novedosa y progresista, en la medida que persigue y busca el reconocimiento de un posicionamiento simétrico en la relación contractual.

Se está terminando de pasar, parece ser, una terrible crisis económico-financiera, que ha constituido una auténtica pandemia social, cual si de un devastador virus se tratase. En el tránsito de tal situación se ha evidenciado con toda su crudeza lo que recién se está señalando. La estructura contractual quedaba al descubierto y de una manera obscena venía a señalar la desproporcionada fortaleza del fuerte y la tremenda debilidad del débil. Ante ese devastador virus se han aplicado una serie de medidas paliativas, que no han sido precisamente unos meros placebos, pero que han servido, en definitiva, para marcar esas desigualdades que la jurisprudencia ha intentado corregir siendo respetuosa con ese postulado que se concreta en la base 20 de la Ley que daría origen a nuestro vigente Código Civil.

Y lo que vamos a intentar en este trabajo, no es tanto señalar los distintos hitos jurisprudenciales que vienen a marcar lo que estamos señalando, sino elevar la categoría a lo que sin duda es ya una creación de un cuerpo jurisprudencial homogéneo, no concluido, y que en definitiva viene a evidenciar la necesidad de ese cambio de dogma en cuanto a la rectificación legislativa que permita la fabricación de la vacuna que venga a hacer inmune los abusos en el ámbito de la contratación.



CONFIGURACION JURIDICA DEL MODO DE CONTRATACION. CONTRATO POR NEGOCIACION Y CONTRATO BAJO CONDICIONES GENERALES.

La decantación jurídica de este fenómeno de contratación bajo condiciones generales, presidida ya por el reconocimiento constitucional de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (art. 51 CE), y desarrollada principalmente por la L.G.D.C.U de 1984 y la L.C.G.G de 1998, determina, la sujeción de la eficacia de este fenómeno a un control riguroso de la reglamentación predispuesta que impida el abuso en la contratación respecto de la parte que, por definición, no ha negociado ni ha podido influir en la negociación. En este sentido, debe señalarse que el fenómeno de las condiciones generales presenta una interrelación, muy intensa, con el desenvolvimiento jurídico actual, que va desde su notable incidencia en la teoría general del contrato, hasta su papel destacado en la tendencia, cada vez más consolidada, de armonización del Derecho europeo de los contratos, aplicación que ya ha sido reconocida por la reciente doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, SSTs. 15/01/2013 (num. 827/2012) y 18/11/2013 (num. 638/2013).

En definitiva, y tal como señala el Tribunal Supremo, se parte de la constatación de este

fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un sector relevante del tráfico patrimonial, siendo en definitiva un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado de la contratación por negociación que contempla nuestro Código Civil. Con un régimen y presupuesto causal, propio y específico, que hace descansar la validez y eficacia última, no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a poder conseguir un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales. Esta importante conclusión puede obtenerse directamente de la STS de 18/06/2012 (num. 406/2012) hito ciertamente trascendente en orden a la delimitación de la figura y sus posteriores desarrollos. En tal sentido es elocuente la STS. de 02/12/2014 (num. 677/2014), cuando señala: *“Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe de entenderse, por aplicación de la Directiva de 1993 (Directiva CE 13/1993, de 5*



de Abril) art. 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto del control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 L.C.G.C y 10.1ª L.G.D.C.U)”.

Igualmente resulta de especial relevancia la STS. de 10/03/2014 (núm. 149/2014), cuando en su Fundamento de Derecho segundo, apartado 3, declara:

“Desde la perspectiva conceptual y metodológica que concurre en el presente caso, conforme también a la calificación otorgada por ambas instancias, se debe partir, necesariamente, del hecho de que la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad (SSTS. 18/06/2012, núm. 406/2012 y 24/09/2013, núm. 545/2013; arts. 1.2, 1.3 L.G.C.U y 2. y 3 L.G.D.C.U).

Esta calificación condiciona la valoración e interpretación de la relación comercial resultante dado que la posible ponderación

de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional del contrato cursan en atención al régimen general del contrato por negociación que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes como principio rector en el orden interpretativo del contrato (art. 1.281 del C.C); sin posibilidad de extrapolar dicha interpretación al ámbito del control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo propio y diferenciado de contratar y, en particular, del posible carácter abusivo de la correlación entre el plazo de duración y de prórroga automática del contrato en conexión con la facultad de resolución pactada”.

BUENA FE Y EQUIVALENCIA PRESTACIONAL

Siendo el principio de la buena fe un principio inspirador de todo el Derecho patrimonial y del tráfico jurídico del mismo derivado, constituye un postulado central de las directrices del orden público económico. Una consecuencia evidente de este principio es su aplicación en el ámbito de la interpretación contractual; sirva de ejemplo la llamada general a la buena fe contractual que realiza el Código Civil en orden a la integración del contrato del art. 1.258 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el principio de equivalencia o justo equilibrio de las prestaciones supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico y comparte un espacio en el marco de la interpretación contractual, supuesto del art. 1.289 del Código Civil. Pero estos postulados ya no obedecen al puro marco de interpretación del contrato, sino que se trata de responder a una cuestión más profunda, en la interpretación de nuestra jurisprudencia, esto es, el control de la eficacia desplegada por la reglamentación contractual predispuesta. Desde esta perspectiva, y conforme al propio desenvolvimiento de estas directrices en atención a la naturaleza y función del fenómeno de la contratación seriada, los criterios de buena fe y de equivalencia ya no actúan sólo como meros criterios interpretativos, sino como principios o criterios valorativos que delimitan la idoneidad o la justicia contractual de la reglamentación predispuesta, proyectándose en toda la extensión jurídica en que se presenta el fenómeno de las condiciones generales y alcanzando tanto al control de inclusión como al control de contenido, todo ello conforme a la unidad jurídica que caracteriza la contratación seriada.

El principio de la buena fe adquiere así una dual dimensión, por una parte los especiales deberes de transparencia y comprensibilidad real que incumben al predisponente y, por la otra, la exigencia de que el contenido contractual responda al cumplimiento que, según la naturaleza del contrato, razonablemente quepa esperar desde la posición contractual del adherente.

INEFICACIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS. STS. DE 23/12/2015 (núm. 705/2015).

La sentencia reseñada contiene un voto particular concurrente formulado por el Magistrado Sr. Orduña Moreno. Ciertamente, la misma merece un especial contraste entre ambos posicionamientos, siendo obligado reseñar las fundamentaciones disidentes, que si bien no inciden en el fallo, si lo hacen respecto de la valoración jurídica de sus respectivos postulados.

La sentencia, en su Fundamento de Derecho 5º, letra E, desarrolla el vencimiento anticipado. En tal sentido relata:

“...consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en

que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago, o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo”; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el T.J.U.E. en el Auto de 11 de Junio de 2015, al decir “La directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo – en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 – de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1.124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real...

De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de

liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”

Voto particular

El corolario y síntesis de la fundamentación contenida en el voto particular concurrente vendría de la incorporación de la doctrina aplicable derivada del T.J.U.E. y de las consecuencias de su valoración: integración de la cláusula declarada abusiva y el consiguiente vaciamiento del efecto disuasorio de la declaración de abusividad, y que se concretaría en lo siguiente:

“En definitiva, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor no puede sustentar su pretensión en que el curso de la ejecución instada respeta lo previsto en el art. 693.2 L.E. En primer lugar, porque no es cierto, pues dicha previsión no consta configurada negocialmente en el título de la constitución de la hipoteca que se hace con referencia a - cualquier incumplimiento del deudor -. En segundo lugar, porque el desarrollo de las consecuencias derivadas de la abusividad, que no es otra cosa que la aplicación plena del régimen de ineficacia del acto o negocio que trae causa de la cláusula abusiva, impide que dicho régimen pueda ser excepcionado o limitado por el plano del cumplimiento contractual observado, que resulta extraño a la propia configuración imperativa de esta consecuencia de - no vinculación -para el consumidor. Así como la posible integración que no se realice en beneficio exclusivo del consumidor adherente.

La aplicación en estos casos del art. 693.2 L.E.C., constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial del T.J.U.E. en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreseimiento de la ejecución instada, como un - vaciamiento - de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar esta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el art. 693.2 L.E.C. En contra de las SSTJUE de 14 de Junio de 2012 y 30 de Mayo de 2103, entre otras, que sólo permiten la ponderación de estos criterios, y los que cita la sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos

producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreseída.

En virtud de todo lo relacionado anteriormente, la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en el nº 4º de la Decisión de Sala, del apartado e) vencimiento anticipado, correspondiente al Fundamento de Derecho 5º de la sentencia, infringe el principio de efectividad del art. 6.1, en relación con el art. 7 de la Directiva 93/13 y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio T.J.U.E desarrolla en este ámbito de su competencia. Por lo que la



aplicación del art. 693.2 L.E.C., tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva.

Vemos de la confrontación del voto particular y la sentencia en que se inserta como se produce una diferenciación adjetiva, pero sin duda de hondo calado y transcendencia, cual es la del establecimiento de un régimen de ineficacia derivada y cumplimiento del contrato; debiéndose diferenciar ambos planos en orden

a la correcta ubicación del principio de defensa del consumidor. Para ello se hace necesario el acceder a una correcta comprensión del control de abusividad que deberá situarse en el plano del régimen de ineficacia derivado frente al plano del cumplimiento del contrato. A tal efecto sirve como faro y guía la doctrina jurisprudencial del T.J.U.E que lo interpreta, particularmente de las SSTJUE de 21 de Febrero y 14 de Marzo de 2013. La valoración del posible carácter abusivo de la cláusula no puede extenderse al plano de las circunstancias que acompañan el cumplimiento o ejecución del contrato, sino que debe ceñirse necesariamente al ámbito de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato. Los supuestos de protección al consumidor, cuando se produce la declaración



de abusividad de la cláusula en cuestión, no están dando lugar a un “vacío contractual”, tal y como parece inferirse de la argumentación de la sentencia, sino al plano estricto de las consecuencias que comporta una nulidad de pleno derecho de una cláusula declarada abusiva y de la que habrá que deducir todas las consecuencias oportunas que de la misma se puedan derivar. Declarada la abusividad de la cláusula, el consumidor no puede quedar vinculado a aquellas consecuencias derivadas de la misma respecto de sus efectos perjudiciales. No se trataría tanto de la previsión y regulación de un hipotético vencimiento anticipado, en absoluto ilícito, sino de la consideración de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado.

Recientemente, el T.J.U.E, en su sentencia de 26 de Enero del año en curso, ha podido pronunciarse sobre la controversia a la que se termina de hacer mención. Y así establece en sus consideraciones 68, 69, 70 y 71, lo siguiente:

“68.- Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693, apartado 2, de la L.E.C., que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

69.- Con carácter preliminar debe recordarse que, si bien, con arreglo al art. 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, - las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva -, la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, por la que se fijan las condiciones del vencimiento anticipado, no refleja las disposiciones del art. 693, apartado 2, de la L.E.C. En efecto, dicha cláusula prevé que el prestamista podrá declarar el vencimiento anticipado y exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos en caso de que se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco, y no, como establece el art. 693, apartado 2 de la L.E.C, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por un periodo de tres meses...

70.- En consecuencia, la citada cláusula 6 bis está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/13... y el juez nacional está obligado a apreciar de oficio su eventual carácter abusivo.

71.- Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe

subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas...

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara:

1).- *Los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.*

4).- *La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto Ley 7/2013 que prohíbe al Juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de este tipo declarar su nulidad y dejar sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”.*

Esta reciente sentencia del T.J.U.E viene a fijar el punto en el que se debe de residenciar el control de abusividad en defensa de los intereses del consumidor. Consecuencia de la oposición a la ejecución hipotecaria será la necesaria desestimación de la misma en función de los postulados recogidos en la sentencia a que terminamos de hacer referencia. Es de ver como las tesis reseñadas en el voto particular de la sentencia de 23 de Diciembre de 2015, aparecen refrendadas por esta última sentencia del T.J.U.E. Esta anticipación del control de transparencia en el examen del fenómeno jurídico de la contratación seriada, debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la correcta delimitación que presenta la relación del control de abusividad y el plano de cumplimiento o ejecución del contrato, que deberán ser

debidamente diferenciados. La calificación de la abusividad de la cláusula debe valorarse conforme a las circunstancias del caso concreto y al momento de la celebración del contrato, pero en cualquier caso teniendo en cuenta la proyección práctica de la cláusula abusiva en orden a la salvaguarda de los derechos del consumidor. Es decir, será la aplicación de la cláusula abusiva injustamente atendida y sus necesarias consecuencias, caso de que se hubieran llegado a producir, las que deberán de ser valoradas en su conjunto por parte del Organismo Judicial que hubiera efectuado la declaración de abusividad; asumiendo que en una relación de contratación seriada pueden concurrir la declaración de abusividad de una de sus cláusulas y la condena indemnizatoria del consumidor cuando se derive de un incumplimiento que no traiga causa o fundamento en la cláusula abusiva.

CONTRATACION ENTRE EMPRESARIOS BAJO CONDICIONES GENERALES

Partiendo de que el control de abusividad por falta de reciprocidad o equilibrio prestacional queda limitado al ámbito exclusivo del consumidor, ninguna razón de peso conceptual impide extender el control de transparencia al ámbito de la contratación seriada entre empresarios, ya que en definitiva nos encontramos ante el mismo fenómeno jurídico, y quizás sea este ámbito en el que más precisa se haga la restauración de un sistema legislativo que ponga el foco no en la condición de subjetividad de las partes contratantes, operando tal cualificación como determinante de la legislación a aplicar, sino en el equilibrio o simetría estructural que deba darse en la relación contractual y que merece ser objeto de protección. De ahí, que la fundamentación de las claves metodológicas que informan la valoración e interpretación del control de transparencia deban tener el mismo carácter aplicativo.

En este sentido, también debe tenerse en cuenta que la compatibilidad de control de transparencia no sólo aplicable a los consumidores, sino también a la contratación entre empresarios bajo condiciones generales, radica tanto en el propio principio del control de transparencia, como parte integrante del orden público económico, todo ello en estrecha conexión con la función tuitiva desplegada, como en la similitud de su plasmación positiva y en los bienes e intereses jurídicos protegidos, alejándose del esquema tradicional objetivo y fijando las referencias en el carácter subjetivo de los contratantes, en la consideración de equilibrio

y simetría contractual. De forma que procede afirmar que el control de transparencia obtiene una fundamentación primaria, igualmente válida y legitimadora, desde el ámbito tuitivo de la normativa sobre condiciones generales. Máxime, desde la perspectiva metodológica claramente seguida por la STS. de 8 de Septiembre de 2014 en donde la construcción jurídica del control de transparencia no se realiza con relación a los parámetros del denominado Derecho de Consumo, sino desde la vertiente contractual que ofrece la Ley de condiciones generales.

El desenvolvimiento actual del control de transparencia, como lo evidencian las reseñas jurisprudenciales tanto del Tribunal Supremo como del T.J.U.E y que responde directamente al ideal de lo justo encarnado en los derechos del ciudadano, sea consumidor o no, y su aspiración a la toma de decisión conforme a una comprensión real de la reglamentación predisposta de cara al acceso a bienes y servicios que le van a ser necesarios, debe de tener su fundamento en la razonable confianza de que la reglamentación que se le propone resulta transparente y exenta de abusividad en orden a facilitarle una correcta evaluación de las consecuencias que, a su cargo, puedan derivarse de la ejecución o cumplimiento de dicha reglamentación. En definitiva, no se está hablando más que de “claridad, sencillez y concreción” de las cláusulas predispuestas (art. 4.2 de la Directiva 13/93, art. 5.4 L.C.G.C. y art. 80.1.a T.R.L.G.D.C.U).

TRANSPARENCIA Y ORDEN PUBLICO ECONOMICO

La transcendencia que puede tener el alcance del criterio que venimos desarrollando, tiene una especial conexión con el desenvolvimiento actual de las directrices de orden público económico, como expresión de los principios o criterios básicos con arreglo a los cuales el ordenamiento jurídico, en su conjunto, deberá ser interpretado y aplicado. El concepto de transparencia participa de un modo directo en el actual desenvolvimiento de las directrices informadoras de dicho orden público económico, como un claro fundamento dinamizador y de concreción normativa del papel y función que hoy en día desempeña el principio de buena fe en la ordenación del tráfico patrimonial bajo condiciones generales.

Esta conexión del criterio de transparencia, con el plano propio de las directrices del orden público económico, ya ha sido reconocida tanto en el ámbito de nuestra doctrina jurisprudencial, como en la jurisprudencia del T.J.U.E. En el

primer caso, basta con acudir, entre otras, a la STS. núm. 464/2014 de 8 de Septiembre, donde se declara lo siguiente:

“En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS. De 18 de Junio de 2012, núm. 406/2012; 15 de Enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de Enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente; 18 de Noviembre de 2013, núm. 638/2013 y 30 de Junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupan, tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación...”

...La contratación bajo condiciones generales tiene una marcada finalidad, por su naturaleza y función, de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predisposta, en si misma considerada.

El control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (art. 5 de la Directiva 93/13, arts. 5.5 y 7.b de la L.C.G.C y art. 80.1 de la L.G.D.C.U) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predisposta refiera directamente la comprensibilidad real, que no

formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta...

...Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control, sino en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE. De 21 de Febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de Marzo de 2013, C-415/11, así como STS. de 26 de Mayo de 2014, núm. 86/2014...

...Debe concluirse que el control de transparencia requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de Abril de 2014, C-26/13.

La jurisprudencia del T.J.U.E. es igualmente conteste con este reconocimiento, significándose que la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público económico, conforme al principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13 (SSTJUE de 6 de Octubre de 2008, C-40/08 y 30 de Mayo de 2013, C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los tribunales nacionales.

La significación de la falta de control de abusividad a la hora de la materialización de ese control de transparencia es algo que incidirá negativamente en otros principios de alcance como puede ser el de la seguridad jurídica. La actual interrelación comercial en el marco de un mundo cada vez más globalizado exige proponer normas legislativas adecuadas a la prestación de esa seguridad jurídica que potenciará la competitividad de los propios países. Ciñéndonos a nuestra propia legislación vemos como el art. 609 del Código Civil, contempla la existencia de distintos modos de adquirir la propiedad, y se regulan de manera diferenciada y singularizada en atención a las particulares peculiaridades de cada una de esos modos. Igualmente, y como referente, cabe señalar lo que dispone el art. 3 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro, cuando establece que:

“Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”. Evidentemente, y a la luz del contenido jurisprudencial y referencias legislativas que se vienen señalando, tal manifestación resulta de todo punto insuficiente en orden a salvaguardar la defensa de los derechos del consumidor. No puede bastar la mera aceptación por escrito, ni el relieve de las cláusulas limitativas. Se trata de acceder al consentimiento pleno de su contenido para de esta manera dar cumplido respeto a la voluntad contratante del adherente. Aceptación no es sinónimo de correcto entendimiento, y este deberá de comprender no sólo las cláusulas limitativas, sino el total contenido del condicionado general y particular de la póliza.

Se atiende a los condicionantes objetivos, subjetivos, circunstanciales, modales, etc. Sin embargo, y una vez que ha quedado más que constatada la clara diferenciación metodológica, los distintos planos de proyección de las partes intervinientes en la contratación, habiéndose demostrado por la devastadora crisis financiera vivida las asimetrías existentes en las relaciones contractuales, se carece a fecha de hoy de la normativa precisa y adecuada para el reconocimiento y regulación ordenado de los distintos modos de contratación. La Directiva 93/13, así como la Ley de Condiciones Generales de Contratación y el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, vienen reconociendo la existencia de desequilibrios contractuales que intentan ser regulados por normativas específicas que cuentan con un reconocimiento jurisprudencial cada vez más amplio, tanto por nuestro Tribunal Supremo, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello no obstante, se echa en falta una regulación sustancial en el marco legal que le es propio, el Código Civil. Nos consta que ya obra en poder de los distintos grupos parlamentarios de nuestro País, el correspondiente borrador que permita establecer un Pacto por la Transparencia. Urge cambiar el sistema regulador de la contratación en el Código Civil, por uno que permita la respuesta y cobertura ordenada a los distintos tipos de contratación.

El elemento integrador de la transparencia y, en definitiva, del control de abusividad, vendrá dado por el análisis que se deberá hacer de la cláusula afectada esencialmente de nulidad, en base a las reflexiones y referencias jurisprudenciales contenidas en el presente artículo, atendiendo al principio de la buena fe contractual que proclaman tanto el art. 1.258 del Código Civil, como el art. 57 del Código de Comercio. Como ni el legislador comunitario



ni el español han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual, no corresponde a los tribunales configurar un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente. Esta circunstancia, que pone en evidencia la necesidad de la reforma legislativa que se propugna, será la que podrá permitir la accesibilidad, vía respeto a la buena fe contractual, al examen del posicionamiento del predisponente en la contratación que ofrece al adherente y cuando éste no es una de las figuras que recoge la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ni la legislación de Consumo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE DOS TIPOS DE CONTRATACIÓN.

Ciertamente, y como primera premisa cumple constatar y asumir la existencia de dos universos distintos en el ámbito de la contratación: 1) Contratación seriada, adhesiva o bajo condiciones generales y 2) Contratación negociada o por convención. Ambos ámbitos, de naturaleza distinta y con un acceso respecto de las partes intervinientes ciertamente heterogéneo, obliga a que se respeten esos principios básicos de libertad y justicia, en cuanto a que su consentimiento y voluntad sea respetada mediante la incorporación de mecanismos que garanticen tales postulados.

SEGUNDA.- DECLARACIÓN DE COMPROMISO CON EL JUICIO DE ABUSIVIDAD MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL CORRESPONDIENTE CONTROL DE TRANSPARENCIA.


Debe darse un Pacto por la Transparencia. No cabe descargar en los fedatarios públicos y registradores la exclusividad en cuanto a la aplicación del control de transparencia, como así se ha pretendido por parte de relevantes sectores económicos. Dicho control debe de imponerse en la fase previa a la creación de la contratación ofrecida. La regulación de tal práctica deberá venir impuesta legislativamente y modulada en atención a las características contractuales relativas.

TERCERA.- ESTABLECIMIENTO DE LA MODALIDAD ESPECIAL DE PROTECCIÓN EN ATENCIÓN A LA ASIMETRÍA DE LA REALIDAD CONTRACTUAL.

Se echa en falta, y resulta urgente, el que por el legislador se de un paso adelante que permita establecer el foco de la atención en cuanto a la protección del contratante más débil, no tanto en su condición o no de profesional, la finalidad que vaya a dar a las posibles cantidades objeto de un préstamo hipotecario, consumidor, etc, sino en el carácter simétrico del contrato, con total independencia, aunque siempre teniéndolo en cuenta, de las especiales concurrencias de circunstancias adjetivas, pero que no inciden en la valoración esencial del consentimiento y la voluntad.

En definitiva, se trata de conceder cobertura de legalidad a una legítima situación que vive a la intemperie.





Dictamen sobre los aspectos esenciales para la reclamación por daños causados en centros médicos privados

Ana Alcalá Serrano
Abogada

Sumario

- I. Objeto del dictamen.
- II. Antecedentes de hecho.
- III. Cuestiones sometidas al informe.
- IV. Normativa aplicable y doctrina.
 - A) Normativa.
 - B) Doctrina.
- V. Fundamentos jurídicos.
 - A) Si pudiera existir algún grado de culpa o negligencia en la actuación médica.
 - B) Los procedimientos a seguir para efectuar la reclamación.
 - C) Plazo para llevar a cabo dichos procedimientos.
 - D) Los conceptos indemnizables.
- VI. Cuestiones adicionales: cálculo indemnización.
- VII. Conclusiones.
- VIII. Bibliografía.

*Este artículo está basado en el Dictamen elaborado como Trabajo de Fin de Máster Universitario en Abogacía, 3ª edición, de la Universidad de Granada, en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Granada, y a través de la Fundación de Estudios y Práctica Jurídica, realizado bajo la dirección y supervisión de mi tutor **D. ANTONIO JOSÉ GARCÍA CABRERA**, a quien agradezco profundamente sus sabios y expertos consejos, así como a **D. JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, **DÑA. M^a DEL CARMEN RUIZ-MATAS ROLDÁN** y **D. ANTONIO MIR RUIZ** por las observaciones y mejoras efectuadas para la culminación del presente artículo.*

I. OBJETO DEL DICTAMEN

El presente dictamen tiene como objeto dar respuesta a la consulta formulada por la familia Benítez Díaz, compuesta por los hijos, madre y hermana de la difunta María Díaz Montoya, en relación a la posible actuación médica deficiente en el diagnóstico y tratamiento médico de la enfermedad que padecía la fallecida.

La negligencia médica se produce cuando el facultativo actúa sin cumplir con las normas que rigen la profesión médica, denominadas Lex Artis médica y que están recogidas en las guías o protocolos médicos de actuación para el cáncer de páncreas que finalmente se diagnosticó a Dña. María.

El Ordenamiento Jurídico nos ofrece diferentes vías para hacer valer nuestros derechos en aquellos casos en los que se han visto afectados.

Por ello, en los supuestos en que se ha podido producir una negligencia médica, debemos poner en marcha esos mecanismos de protección ante los tribunales, asegurándonos previamente que el caso es viable, es decir, que entre el acto o diagnóstico médico y el fatal resultado existe una relación de causalidad que demuestre que dicha actuación fue incorrecta, así como la culpabilidad del autor.

II. ANTECEDENTES

Para la realización del presente dictamen jurídico resulta necesario tener en cuenta los hechos derivados del expediente médico así como de las informaciones que aportan los familiares de la perjudicada:

1. Mujer de 55 años de edad, viuda, que en el mes de junio del año 2014 comienza a

tener problemas gástricos, dolores en el estómago y diarreas. El 8 de octubre del 2014 acude por primera vez, al médico de su compañía "La Sanitaria" con dolor crónico, disminución de apetito y una pérdida de peso de 4 kilos, diagnosticándole gastritis y prescribiéndole un tratamiento con omeprazol, sin reconocimiento alguno. Durante este mes acude en multitud de ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital "XX" concertado con su compañía aseguradora, sin que en ninguna de las visitas varíe el diagnóstico inicial.

2. Es de destacar la consulta con el médico de cabecera de fecha 31 de octubre de 2014, quien sin efectuar reconocimiento alguno de la paciente, le pidió cita para el especialista de aparato digestivo.

El 4 de noviembre de 2014 efectúa otra visita al Servicio de Urgencias del hospital, realizándole una ecografía, una radiografía y una analítica general. A pesar de estar todos los parámetros correctos, el médico observa signos de alarma y por tanto, la deriva al especialista de aparato digestivo. Sin embargo, los administrativos del hospital no quisieron adelantar la cita que ya tenía pedida días antes.

3. El 11 de noviembre de 2014 acude de nuevo a consulta con el médico de cabecera, quien ya le había atendido varias veces en urgencias. Éste prescribe una analítica completa y por tercera vez, la deriva al especialista de aparato digestivo. Pese a ello, siguen sin adelantarle la cita ya que la tiene prevista para el día 27 de ese mes.

En una nueva visita a urgencias para valorar los resultados de la analítica pedida por su médico le diagnostican que padece "helicobacter", prescribiéndole el tratamiento para ello.

4. El 27 de noviembre de 2014 acude a la cita con el especialista en el Hospital, donde han remitido los resultados de las pruebas realizadas el día 4. En ese momento ya había perdido 10 kilos de peso. Solicitan una nueva ecografía que le será realizada el día 23 de marzo de 2015 y una endoscopia para febrero de 2015, al no calificarlas como urgentes. Mantienen el mismo tratamiento prescrito que el médico de cabecera había pautado. El juicio clínico es de "dispepsia funcional", y la derivan al cardiólogo.
5. El día 22 de diciembre de 2014 vuelve al Servicio de Urgencias del Hospital manteniendo el anterior juicio clínico y el

mismo tratamiento, con el añadido de que en esta ocasión le prescriben tranquilizantes y calmantes. En estos días se ve obligada a volver a las Urgencias del Hospital inyectándole Nolotil para el dolor.

6. El día 25 de febrero tiene la cita con el cardiólogo que objetiva dolor torácico atípico, epigastralgia y descarta patología coronaria y aconseja derivación al médico internista.
7. El 17 de marzo se ve obligada a acudir nuevamente a Urgencias del Hospital, diagnosticándole que su padecimiento se debe a su estado “emocional” pese a la pérdida de más de 15 kilos de peso y que la debilidad le imposibilitaba mantenerse en pie. La derivan a alta pero Dña. María se niega a abandonar el Hospital y debido a esta férrea posición, deciden ingresarla en la planta de Medicina Interna.
8. Al día siguiente, acude el médico internista a visitarla y sólo con los datos del expediente médico verbaliza que su padecimiento debe estar relacionado necesariamente con alguna patología de páncreas.

Se inicia el protocolo de actuación con TAC de páncreas urgente a cuya vista se diagnóstica TUMORACIÓN DE CUERPO PANCREÁTICO, con diferenciación mucinosa cT4-cNx-cNx, de unos 5-6 cm de tamaño extremadamente invasor, englobando ampliamente tronco celiaco, arteria mesentérica superior, glándula suprarrenal izquierda eje espleno portal y vena renal izquierda. El bazo drena a través de vena colateral tortuosa hacia vena mesentérica superior y riñón izquierdo hacia sistema hemiaóxicos.

9. Le prescriben tratamiento con un complemento alimenticio para recuperarla y mantenerla, así como el inicio de quimioterapia en 10 días, siguiendo en dicha situación hasta el día 16 de noviembre del 2016 cuando finalmente fallece.

III. CUESTIONES SOMETIDAS AL INFORME

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, la familia de Doña María Díaz Montoya plantea las siguientes cuestiones jurídicas:

- a) Si existe algún grado de culpa o negligencia en la actuación médica.
- b) Los procedimientos a seguir para reclamar la indemnización que corresponda.

c) El plazo para llevar a cabo dichos procedimientos.

d) Los conceptos indemnizables.

IV. LA NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLES

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas debemos acudir a la siguiente normativa y doctrina:

A) Normativa

Debemos comenzar recordando la importancia de la salud humana protegida por mandato constitucional en el art. 43 de la CE que establece:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

Mantiene la misma línea el art. 51 del citado cuerpo legal: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

Son especialmente relevantes para el caso que nos ocupa, los artículos 1.902 y 1.101 del Código Civil. El tenor del primer artículo establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Mientras que el artículo 1.101 del C.c., establece que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.”

Además de la aplicación de los artículos reseñados del Código Civil, algunas sentencias¹ hacen referencia también la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la cual establece en su artículo 148 un sistema objetivo

¹ Véase SSTs de 1 y 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002



de responsabilidad respecto a los daños causados por servicios sanitarios mencionados en su párrafo segundo.

Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios.

Además, es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital respecto del médico contratado, en aplicación de lo establecido en el artículo 1.903 del Código Civil “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes

en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

La responsabilidad que asigna este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Sin embargo, es importante reseñar que en el supuesto de negligencia médica, el Tribunal Supremo generalmente responsabiliza también a la compañía de seguros con la que el paciente tenía contratada la asistencia sanitaria, produciéndose el daño al prestarla el médico elegido por la víctima de entre los existentes en el cuadro médico ofrecido por la compañía². El TS funda esta responsabilidad, bien en el art. 1.903 del C.c., al entender generosamente que hay relación de dependencia entre el médico y la compañía, o bien que la compañía implícitamente está contractualmente asumiendo que la prestación médica será diligente, y por ello ha de responder cuando no es así.

Por su parte, **O'CALLAGHAN**³ establece

² Véase SSTs, 1ª, 3/11/1999 (RJ 1999/7998); 4/10/2004 (RJ 2004/6066); 17/11/2004 (RJ 2004/7238).

³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica”, *Actualidad Civil*, 2001, pág. 1-29

que se conozca o no quién es el médico causante del daño, el Centro es responsable, contractual o extracontractualmente, sin perjuicio de la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades. Existe obligación de reparar el daño, causado fuera de relación contractual por los empleados o personas dependientes de la empresa o institución, conste o no acreditada la persona física causante material del daño. Es una responsabilidad claramente objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa in vigilando o in eligiendo. Es obligación directa y solidaria con la del causante del daño, si se conoce. Si el centro médico cumple la obligación de reparar el daño por un médico que depende de él, podrá repetir contra el mismo, en virtud de lo previsto en el artículo 1904 del C.c. La base de su responsabilidad por hecho del médico se halla en el artículo 1903 del C.c.

En relación con lo anterior hay que mencionar el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que recoge lo siguiente:

“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.”

Por otro lado, cabría plantearse la posibilidad de acudir a la vía penal, para la cual serían de aplicación los artículos 109 a 122 del Código Penal, por tratarse de la responsabilidad civil ex delicto y su extensión.

Finalmente, es necesario indicar que en España a día de hoy, la regulación existente sobre el principio de la pérdida de oportunidad, de la que se hablará posteriormente, no está recogida en ninguno de los textos generales de responsabilidad; tan solo se contempla básicamente en nuestra jurisprudencia y por el Consejo de Estado. Sin embargo, sí que está desarrollado este principio en el Derecho Europeo, en concreto en la parte general del Código Europeo de Contratos, admitiendo

que forma parte del lucro cesante, la pérdida de oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento del contrato. El artículo 163.1.b) establece que:

1. El daño patrimonial resarcible comprende:
 - a) tanto la pérdida sufrida,
 - b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. **Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse -con certeza razonable- ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora.**

Exige, por tanto, una certeza razonable para que pueda considerarse ocasionada por el incumplimiento contractual, y debe evaluarse en función del citado incumplimiento.

B) Doctrina

A la luz de los autores que se han pronunciado en esta materia, comenzaremos sentando lo que debemos entender cuando citamos la denomina “lex artis”. Así, afirma **FERNÁNDEZ ENTRALGO**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid que esta pauta de actuación profesional sanitaria, se convierte en el rasero que determinará la responsabilidad civil o en su caso penal por actuaciones que atenten contra los derechos de los pacientes, por tanto, en la “lex artis” nos tenemos que basar para determinar la responsabilidad civil en este asunto⁴.

A este respecto, **MARTINEZ-CALCERRADA** ha definido la “lex artis ad hoc” como el “*criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos-estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida...*”. Por su parte la profesora **LAURA GÁZQUEZ**, establece que la observancia de la “lex artis ad hoc” implica la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos

⁴ **FERNÁNDEZ ENTRALGO JESÚS**, Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales. Revista jurídica de Castilla y León. n.º 3. Mayo 2004, pág. 147

los protocolos indicativos, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad médica, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles⁵.

Por otro lado, un sector de la doctrina apoya que será el paciente o en caso de muerte, como es el que nos ocupa, sus familiares, quienes deberán probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido.

La profesora LAURA GÁZQUEZ indica que en relación a la necesidad de que el actor pruebe la impericia, se parte de la premisa de que el médico se obliga a poner los medios para tratar diligentemente al enfermo. Por eso los juzgados se muestran firmes en la máxima de que la prueba de la negligencia queda a cargo del reclamante, de modo y manera que es éste quien ha de patentizar el “error médico”, aparte de que también es suyo el reto de acreditar que se le ha irrogado un daño y que dicho quebranto está causalmente conectado a aquella mala actuación.

Finalmente, otra corriente doctrinal exige que se adopten ciertos criterios en este sentido que favorezcan al perjudicado. Esta teoría es apoyada por el Catedrático de Derecho Procesal, MONTERO AROCA que alude a las doctrinas de la normalidad y de la facilidad probatoria, considerando que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real a las fuentes de prueba⁶.

V. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

De acuerdo con las cuestiones jurídicas planteadas procedemos a su análisis, estableciendo los diferentes fundamentos jurídicos a cada cuestión:

A) Si pudiera existir algún grado de culpa o negligencia en la actuación médica

Debemos partir de la base que el médico

⁵ GÁZQUEZ LAURA, “Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria”. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, pág. 10

⁶ MONTERO AROCA, La doctrina de la facilidad está recogida en Sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1986 y 17 de octubre de 1983

responde cuando ha actuado antijurídicamente y puede serle imputable subjetivamente el daño causado.

La declaración de responsabilidad exige, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño ocasionado. A sensu contrario, cuando resulte probado que la actuación del médico no intervino causalmente en el resultado, quedará éste exento de responsabilidad.⁷

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones contractuales profesionales del médico, la jurisprudencia ha destacado que nos encontramos ante una obligación de medios, como indica, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009:

“La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención”.

Por otra parte, el médico responde por culpa o negligencia en el diagnóstico de la enfermedad, siendo importante señalar que la citada responsabilidad deriva, bien de la omisión de la totalidad de comprobación o realización de pruebas necesarias, bien del diagnóstico completamente erróneo, destacando la dificultad de acierto pleno por parte del médico y la existencia de un margen de error razonable. Así lo expresa entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010:

“...Es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento,

⁷ Ver GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Thomson Reuters, 5ª ed, 2016.

de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”.

No se encuentra, por lo tanto, consagrado un principio objetivo. Ante esto, si el médico no actúa diligentemente en el desempeño de su profesión, es decir, si no proporciona los medios y cuidados adecuados en consonancia con el estado de la ciencia, será responsable del resultado dañoso ocasionado.

Por este motivo, resulta necesario contrastar la actuación médica, en relación con su “lex artis”, para determinar si la conducta enjuiciada se ajusta a la diligencia exigida al profesional médico medio, en relación con los artículos 1.104 del C.c.. Para ello observaremos la lista que ha realizado la prestigiosa Sociedad Americana de Cáncer, sobre los síntomas que se pueden apreciar en la enfermedad que le fue diagnosticada a la señora Díaz Montoya:

- Los primeros síntomas incluyen: Náuseas y vómitos, incapacidad de digerir alimentos grasos, pérdida del apetito, saciedad temprana mientras come, piernas hinchadas y estreñimiento o gases.
- Los síntomas tardíos incluyen: Dolor de espalda y/o abdomen, fatiga, pérdida de peso y depresión.

Tras analizar la relación de síntomas, podemos observar que la mayor parte de los mismos eran evidentes en la paciente y por lo tanto, necesariamente se tendrían que haber prescrito las pruebas médicas diagnósticas para la detección del cáncer de páncreas según

establece el algoritmo de actuación ante este tipo de tumor, que a continuación se expone⁸:

El profesional médico debería haber obtenido el historial médico de la paciente, centrándose en los síntomas recientes, particularmente aquéllos relacionados con el dolor, el apetito, la dieta y los cambios de peso. También debería haber efectuado un examen físico del abdomen para determinar la existencia de algún bulto o masa dura. Esto incluye también ciertos exámenes de imágenes que permiten a los médicos ver fotografías del interior del cuerpo. Los principales exámenes son: **TAC de alta sensibilidad en el diagnóstico de tumores pancreáticos**, radiografía, ecografía, colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE), laparoscopia diagnóstica y ecografía endoscópica.

Examinando este elenco de pruebas diagnósticas, queda patente que con la realización de un TAC hubiera bastado para diagnosticar la enfermedad. Sin embargo, esta prueba se realizó meses después de que la paciente acudiera por primera vez al médico, tras comenzar a sufrir molestias.

Cabe entonces afirmar en el caso que nos ocupa, que existió una falta de medios en la actuación de los profesionales médicos, ya que es pacífico que el diagnóstico tardío en el cáncer merma, en la mayoría de los supuestos, las posibilidades de supervivencia, además de exigir la aplicación de tratamientos mucho más agresivos y penosos para el paciente. El tiempo puede marcar la diferencia entre un cáncer perfectamente localizado y operable y un cáncer diseminado a distancia o locorregionalmente.

Este concepto se relaciona con la denominada por la jurisprudencia “**pérdida de la oportunidad**”, cuestión que trataremos posteriormente.

El TS se ha pronunciado estableciendo que la “lex artis” es un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina “ciencia o arte médico” que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos “estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria”, para clarificar dicho acto de conforme o no con la técnica.

En relación con la “lex artis” ha de tenerse en cuenta el consentimiento informado, cuyo objeto



⁸<http://www.boloncol.com/boletin-18/cancer-de-pancreas-2.html>

lo constituye el tratamiento médico-quirúrgico ajustado a la “lex artis ad hoc” y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado, que es aleatorio. Aunque la Ley no establece ningún plazo específico, la información previa al consentimiento se le tiene que facilitar al paciente con una antelación suficiente para que pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente.

Como recoge **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, el derecho de información del paciente se considera un derecho fundamental del mismo y como tal se regula en la Ley, donde se establecen los requisitos que deberá de cumplir dicha información para que la misma pueda considerarse una información correcta, capaz de proporcionar al enfermo todos los datos suficientes para que éste pueda hacer un juicio valorativo sobre las consecuencias que pueden derivarse de su sometimiento o no al tratamiento o intervención quirúrgica que le ha sido propuesta.

En este sentido apunta también la Sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente al derecho fundamental a la integridad física de cualquier ser humano, consagrado en el art. 15 CE, del que podemos deducir que: *“la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”* (STC de 28 de marzo de 2011).

Por su parte, nuestro Alto Tribunal en **Sentencia de fecha de 8 de septiembre de 2015** razona, a diferencia de sentencias anteriores donde entendía que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario, que es la materialización de un riesgo del que no se había informado a la paciente lo que viene a fundamentar dicha responsabilidad. Alejándose así, de su argumentación anterior como es el caso de la **STS de 13 de mayo de 2011**, donde sí reconoce que *“La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con la que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica, y a su dignidad”*.

El éxito de la pretensión depende de la demostración de un segundo elemento, cual es la relación de causalidad entre la referida actuación negligente y el resultado dañoso finalmente producido y cuyo resarcimiento se interesa reclamar.

En este sentido conviene recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2011 cuando dice: *“La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia... Ahora bien, para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica...”*.

Así mismo, sobre la relación de causalidad y su prueba, tiene declarada la Sala del TS en reiterada jurisprudencia como la Sentencia de 25 de septiembre de 2003 o la de 11 de julio de 2006, que *“corresponde la carga de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante”, y “en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción..., siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta (negligente) activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse”*.

A la vista del diagnóstico equivocado y de la omisión del TAC es evidente que sí debe apreciarse la culpa o negligencia exigida a los médicos, así como al Hospital “XX” donde estaba siendo tratada la paciente.

Apreciada esa negligencia, la cuestión que debe examinarse es la de si el retraso del diagnóstico tuvo incidencia en el desarrollo de la enfermedad. Para ello es fundamental el estudio de la ciencia en relación con esta materia, estimando esencial que se aporte al procedimiento un informe pericial elaborado por un profesional de reconocido prestigio, que apoye la tesis de que el retraso en el diagnóstico del cáncer que sufría la paciente produjo una pérdida de oportunidad a la misma, que no debe basarse solamente en la necesidad de haber

realizado esa prueba con la adecuada prontitud, dados los antecedentes y edad de la paciente, sino también porque a pesar de la gravedad del cáncer, la paciente fue sometida a un proceso de quimioterapia superando holgadamente el tiempo de vida que se le había pronosticado.

Por tanto, cabe afirmar en este caso que la conducta inadecuada y negligente de los diferentes profesionales médicos y del sistema de organización del hospital, han privado a la paciente de oportunidades o expectativas de éxito, ya que es de sentido común que cuanto antes se detecte el cáncer o menos avanzado se halle en su desarrollo, existen más posibilidades de un tratamiento menos agresivo para la salud, así como un aumento en las expectativas de vida.

La doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad ha sido desarrollada en numerosas resoluciones como las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 7ª, de 28 de mayo de 2010 o de Madrid, sec. 11ª, de 3 de mayo de 2012:

“...El concepto de pérdida de oportunidad médica se refiere a aquellos actos que realiza un profesional de la medicina, que han podido influir en la evolución del curso de una enfermedad, privando al paciente de oportunidad de curación. Es decir, aquellas actuaciones que no han causado las dolencias, pero que si han influido en la muerte del enfermo o en caso de supervivencia, en la posibilidad de curar definitivamente o en que deba sufrir su enfermedad a la que se enfrentan pero responderán civilmente cuando su conducta incide en la evolución del paciente. Si bien la patología que sufre el enfermo es ajena a los profesionales que la tratan, debe declararse su responsabilidad cuando un retraso o desviación del acto médico suponga que la enfermedad o el daño se convierta en crónico, en definitivo o cause la muerte.”

Aunque no podía establecerse un nexo directo entre la negligencia y la muerte del paciente, si podía establecerse entre la negligencia y la imposibilidad de saber si se hubiese podido detectar la enfermedad a tiempo de ser tratada convenientemente, teniendo en cuenta la posibilidad de un tratamiento eficaz.”

La reciente sentencia del TS, Sala 3ª de 14 de octubre de 2014 se reitera en el criterio mantenido como doctrina consolidada por la Sala en el sentido de que: *“La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente*

entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste”.

Es decir, recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo o en el momento oportuno:

1º Grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior.

2º Grado o entidad del daño ocasionado.

Se entiende doctrinalmente que el médico que comete un error profesional sobre el diagnóstico de la enfermedad sufrida por el paciente puede incurrir en responsabilidad si no adoptó los medios o empleó las técnicas adecuadas, según impone el estado actual de la ciencia. Ahora bien, esta afirmación no quiere decir que deba interpretarse la diligencia exigida al médico de manera que un simple error pueda constituir siempre falta de un deber de cuidado, ya que, en ocasiones, la sintomatología puede confundirse o puede que la enfermedad se encuentre en sus primeros episodios y sea difícil un reconocimiento de la misma. En sentido contrario, en el caso de que nos encontremos ante una enfermedad cuyos síntomas son claramente distinguibles, existirá negligencia del médico si no emite tal diagnóstico y, como consecuencia, se produce el resultado dañoso.⁹

Si el diagnóstico fue equivocado por omitir la realización de las pruebas pertinentes, el médico asumirá la responsabilidad por el resultado acontecido, aún en el caso de que no resultare probado que la realización de la prueba hubiera sido suficiente para evitar el fallecimiento del paciente, ya que la relación causal existe desde el momento en que no se realiza dicha prueba para emitir el diagnóstico preciso¹⁰. En este sentido, el TS ha señalado reiteradamente que en la actuación médica no cabe regateo de medios ni de esfuerzos,

⁹ MONTERROSO CASADO ESTHER, Diligencia médica y responsabilidad civil, Premio Magistrado Ruiz Vadillo, pág. 6.

¹⁰ Véase SSTS de 27 de mayo de 2003 y 25 de septiembre de 1999.

generando responsabilidad tanto contractual como extracontractual dicha omisión.

Finalmente, no podemos pasar por alto la importancia en este tipo de casos de los informes periciales, así como las declaraciones de especialistas sobre la materia, que se utilizan para complementar los conocimientos del Juez o Tribunal, en el momento de adoptar una decisión para cuyos fundamentos o contenidos técnicos, sea necesaria la ayuda de un experto en cada una de las materias científicas que pueden presentarse. Pero dichas pruebas periciales no pueden vincular al órgano jurisdiccional de forma terminante sino que como tales pruebas deben valorarse en función de las circunstancias que concurren en cada caso. En estos supuestos, la prueba estrella es la pericial judicial, recogida en el artículo 339.2 de la LEC, que solicitan las partes y designa el Tribunal.

B) Los procedimientos a seguir para efectuar la reclamación.

Antes de proceder en la vía judicial sería conveniente hacer referencia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por tratarse de un buen modo de resolución de conflictos que abarata costes y reduce el periodo temporal para la obtención del fallo, ya que este tipo de procedimientos tienden a dilatarse en el tiempo.

Sin embargo, si esta propuesta no da resultado, habría que tener en cuenta a la hora de plantear un procedimiento por negligencia médica, el ámbito en el que esta ha sucedido. En este punto nos encontramos con dos grandes grupos, en primer lugar se encuentran los errores médicos cometidos en centros médicos públicos o por sus profesionales sanitarios, y por otro lado, encontramos las negligencias originadas en centros médicos privados o por profesionales médicos privados, siendo este último supuesto el caso que nos ocupa.

Partiendo de la premisa que la negligencia se comete en la sanidad privada, el procedimiento a plantear sería una demanda por responsabilidad civil contra los causantes del daño, ante la jurisdicción civil.

Por último, cabe indicar la posibilidad de acudir a la jurisdicción Penal, si bien no parece que sea lo más conveniente en el supuesto objeto de estudio, a criterio de quien elabora el presente dictamen, pues consideramos que no existe delito alguno recogido en el Código Penal. Basamos dicha afirmación en la Sentencia de la AP Pontevedra, sec. 2ª, de 30 septiembre 2010, donde se absuelve al médico de una falta de lesiones imprudentes al no diagnosticar que



el paciente sufría una rotura parcial del tendón extensor del 4º dedo de la mano derecha.

Para que pueda exigirse responsabilidad en el campo penal, es preciso demostrar que hubo culpabilidad, distinguiendo dentro de ella dos formas distintas: el dolo y la imprudencia.

Se dice que el médico actúa dolosamente, cuando sabe lo que hace y además quiere hacerlo; en cambio se dice que el médico actúa de forma imprudente, cuando omite la diligencia debida.



Por otro lado, es importante hacer referencia a la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, que ha ido reconociendo o rechazando la jurisprudencia en atención a diversos criterios atendidas las circunstancias de cada caso:

✓ Es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital del médico contratado y también en el supuesto de la compañía aseguradora, todo ello en virtud del artículo 1.903 del Código Civil. La

existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda cuando el vínculo de los facultativos con la aseguradora de asistencia médica es de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 de febrero de 1990 o 10 de noviembre de 1999).

✓ Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que asume la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus pacientes, en base a la aceptación, más o menos explícita, que la aseguradora garantiza el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre; 17 de noviembre de 2004), con sustento en los antecedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues debemos de tener en cuenta que en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica. También debemos considerar el contenido del artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro que establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que “el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos”.

En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultados del contrato frente al asegurado. La actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

C) Plazo para llevar a cabo dichos procedimientos.

Es importante conocer los plazos de que disponemos para reclamar la posible indemnización, que dependerán de la vía por la que se opte demandar.

En general, el momento clave será aquel en el que se estabilizan las secuelas o se conoce el alcance definitivo de las mismas. Es a partir de ese momento en el que nuestro perito podrá valorar los daños producidos y las cantidades económicas a las que tendremos derecho, siendo en el caso objeto del presente dictamen, la fecha del fallecimiento de la paciente.

Como ya hemos indicado anteriormente, son varias las posibilidades existentes para demandar este tipo de casos, pudiendo optar por reclamar judicialmente en los órdenes jurisdiccionales administrativo, penal y civil. En nuestro caso sólo nos centraremos en éste último, al haber tenido lugar la posible negligencia en el ámbito de la sanidad privada y descartar la jurisdicción penal.

En la vía civil encontramos una diferencia radical y trascendental en lo relativo a los plazos de prescripción, puesto que el artículo 1.964 del Código Civil establece para la responsabilidad contractual un plazo de prescripción general de cinco años, salvo que por la obligación concreta de que se trate, haya previsto un plazo diferente. Sin embargo, en responsabilidad extracontractual, el Código Civil en su artículo 1.968.2 recoge un plazo de un año para ejercitar la correspondiente acción.

Concretamente el artículo 1.964.2 establece lo siguiente: *“Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.”*

Por su parte, el artículo 1.968 del Código Civil dice: *“Prescriben por el transcurso de un año:*

1.º *La acción para recobrar o retener la posesión.*

2.º *La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.*

Podemos concluir a tenor del artículo 1.968 in fine que acabamos de ver, que la acción podrá formularse en el plazo de un año desde que lo supo la persona agraviada, es decir, desde la muerte de la víctima, en nuestro caso.

En este sentido, debemos mencionar la existencia de la “doctrina de la yuxtaposición”, ya que al no estar clara la línea divisoria entre ambas responsabilidades, la jurisprudencia entiende que cuando la acción contraviene

tanto una obligación contractual, como una obligación general, pueden nacer tanto la acción contractual, como extracontractual, pudiéndose ejercitar alternativa o subsidiariamente ambas, basándose para ello en la acumulación de acciones del artículo 71 de la LEC.

D) Los conceptos indemnizables

En lo relativo a los conceptos por los que se puede reclamar ante una negligencia médica, distinguiremos dos grupos:

1) DAÑOS PERSONALES:

- Lesiones permanentes: En este concepto se englobaría la valoración de todas las lesiones estabilizadas (secuelas), que han sido originadas por el error médico cometido.

- Incapacidad Temporal: Se concretaría en el tiempo que el paciente ha tardado en sanar o estabilizar las lesiones provocadas por la negligencia médica sufrida.

- **Daño Moral:** El daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos infligidos a la víctima por el hecho dañoso. Este perjuicio, en muchas ocasiones, no sólo lo padece el propio paciente que ha sufrido la negligencia médica en su persona, sino también sus familiares más directos (padres, hermanos, hijos...) debiendo considerarse a estos también como víctimas de la negligencia cometida por el profesional sanitario.

2) DAÑOS MATERIALES

- Daño Emergente: Donde se recogerían todos los gastos soportados por la víctima a causa de la negligencia médica padecida. Gastos tanto presentes como futuros (futuras intervenciones, rehabilitación, transportes, gastos médicos, farmacéuticos...)

- Lucro Cesante: Se traduce en la pérdida de la situación y capacidad económica de la persona perjudicada. El perjuicio económico causado, entre otros, puede centrarse en el hecho de no poder trabajar y percibir el sueldo o las rentas que hasta el momento se generaban.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, los conceptos por los que cabría reclamar indemnización se limitan a los **daños morales** y por ello debemos empezar señalando que el Tribunal Supremo no da una definición de daño moral, ya que a diferencia de la doctrina, evita exponer teorías o criterios, salvo excepciones. Su aportación es meramente práctica, y aunque son numerosas las sentencias en las

que el Tribunal Supremo analiza la cuestión de los daños morales, en la mayoría se limitan a resolver el caso planteado.

Un concepto bastante acertado de daño moral, es el que realiza **DIEZ-PICAZO**, para quien el daño moral sería “la afectación de la esfera sicológica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad”¹¹.

La más reciente jurisprudencia dicta en el caso conocido como Costa Concordia (STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2016) ha ido más allá en el tema del daño moral, convalidando de modo espontáneo el resarcimiento diferenciado de dos especies de perjuicios personales o morales: los sufridos por los pasajeros que habían padecido daños corporales de tipo psicológico; y los sufridos por todos los pasajeros (tanto los que sufrieron daños corporales como los que no los padecieron) por la zozobra, ansiedad, angustia y estrés vividos durante la noche del 13 de enero de 2012 en aguas italianas, con ocasión del naufragio producido.

VI. LAS CUESTIONES ADICIONALES: CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cuando se demuestra que existió un error o retraso de diagnóstico, los tribunales pueden aplicar la doctrina de la pérdida de la oportunidad, y esta se calcula atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si la persona interesada hubiera sido tratada correctamente, y todo ello teniendo en cuenta que en ningún caso puede afirmarse que el paciente se habría curado o que, aún aplicados todos los medios de forma adecuada, la prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad.

Por tanto, se trata de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido y con el requisito del nexo de causalidad. A efectos de indemnización, supone que se repara, no el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado.

Los médicos suelen utilizar el concepto de tasas de supervivencia para discutir el pronóstico de un paciente de forma estándar, pues no puede preverse qué le sucederá a una persona en particular, ya que hay muchos otros factores que afectan al devenir de la enfermedad, como la edad, el estado general de salud o cómo se responda al tratamiento aplicado.

¹¹ DIEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, págs. 91-92.

Debemos recordar que en el caso que se nos plantea, a Doña María Díaz se le diagnosticó finalmente un adenocarcinoma de páncreas con diferenciación mucinosa cT4-cNx-cNx. Esta nomenclatura nos indica que el tumor se encontraba en un estadio 4, irresecable, concretamente el término adecuado es el de localmente avanzado, es decir, el cáncer aún no se ha propagado a órganos distantes, pero aun así no se puede extraer completamente con cirugía, posiblemente porque ha crecido hacia o alrededor de los vasos sanguíneos principales adyacentes. Las siglas T4 indican que el cáncer ha crecido fuera del páncreas hacia los grandes vasos sanguíneos o nervios cercanos y NX que no se pueden evaluar los ganglios linfáticos adyacentes.

Así las cosas, para la resolución de nuestro supuesto es necesario conocer las estadísticas de supervivencia de personas en situaciones similares, y por ello acudimos a la tasa de supervivencia a 5 años, referida al porcentaje de pacientes que viven al menos ese tiempo después de su diagnóstico de cáncer, siendo las más fiables y solventes son las publicadas por la Asociación Española contra el Cáncer y de la Asociación Cáncer de Páncreas¹²:

ETAPA	TASA DE SUPERVIVENCIA OBSERVADA A 5 AÑOS
Etapa IA	31%
Etapa IB	27%
Etapa IIA	16%
Etapa IIB	8%
Etapa III	7%
Etapa IV	3%

En general, las personas que pueden ser tratadas con cirugía viven por más tiempo, mientras que la supervivencia de los que no se someten a cirugía se acorta.

En el caso de Doña María Díaz, si se hubiera efectuado el diagnóstico empleando el protocolo de actuación para la detección del cáncer de páncreas, el porcentaje de

¹² <http://www.asociacioncancerdepancreas.org/informacion/C3%B3n-c3%A1ncer/c3%A1ncer-de-p%C3%A1ncreas/pron%C3%B3stico-y-supervivencia/>
<https://www.aecc.es/SobreElCancer/CancerPorLocalizacion/cancerdepancreas/Paginas/Pron%C3%B3stico.aspx>

supervivencia observada a 5 años, oscilaría entre el 8% y 27% dependiendo de la etapa en que se hubiera detectado. A la luz de la doctrina de la pérdida de oportunidad solicitaríamos, en tal caso, la indemnización de las oportunidades efectivamente destruidas, decantándonos por aplicar el porcentaje intermedio, esto es, un 16%, teniendo en cuenta, las dificultades de detección de este tipo de tumor en la fase más temprana de la enfermedad.

Es cierto, y así se advierte al cliente que una pérdida de oportunidad inferior al 50%, como es en este caso, puede no ser tenida en cuenta por el Juez o Tribunal, por no ser suficiente para generar responsabilidad por ausencia de nexo causal.

Es preciso decir también que para valorar la reparación pertinente por daño moral en los supuestos de muerte, carecemos de “módulos objetivos” y, por tanto, cualquier valoración de importes indemnizatorios en relación con este tipo de lesiones se fundamenta en criterios, netamente, subjetivos. Por ello, frente a este vacío podemos acudir a dos vías fundamentales para tratar de objetivar la cuestión.

En la primera de ellas, aplicamos por analogía el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor, teniendo en cuenta que éste tiene carácter meramente orientador, no vinculante. En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de 9 de junio de 2009 estableció que *“la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe”*.

El segundo de los mecanismos para cuantificar la indemnización correspondiente de una manera más o menos objetiva es recurrir a la jurisprudencia, citando resoluciones judiciales dictadas en casos similares.

Como decíamos al principio, los jueces no se encuentran vinculados a ningún baremo, por lo que la determinación concreta de la indemnización en cada caso dependerá de su criterio en ese momento. Aunque lo cierto es que el baremo suele emplearse como una guía orientativa moldeándose según los casos.

Aplicando todo lo anteriormente expuesto en este caso, quien suscribe se decanta por utilizar

el Baremo para poder hacer el siguiente cálculo indemnizatorio: (Ver página siguiente).

Esta cantidad sería la indemnización correspondiente por el fallecimiento de la Señora María Díaz, sin embargo, la cuantía a reclamar sería la relativa a la pérdida de oportunidad que anteriormente hemos cuantificado en un 16%, si el diagnóstico se hubiera efectuado en el momento oportuno. De ahí que el total de esta reclamación sería: *(ver tabla cantidad por fallecimiento)*.

También debemos aclarar que ajustándonos a la total realidad del caso, que la víctima era dueña de un comercio, pero no cabría la indemnización a la familia por el concepto del lucro cesante, atendiendo a lo establecido en el art. 80 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, puesto que no ninguno de sus familiares dependía económicamente de los ingresos de Doña María.

Finalmente, y en aplicación de la Sentencia del TS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2016 que ya ha sido citada, también cabe la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños morales, por la zozobra, ansiedad, angustia y el enorme estrés padecido durante el tiempo en que se dilató el diagnóstico certero de la enfermedad, así como la situación que se generó una vez conocido el diagnóstico final que inevitablemente obligaba a meditar sobre cuál sería la situación de haberse efectuado las pruebas oportunas en su momento. Por todo ello, cabría interesar la indemnización de un 25% sobre el total ya calculado de la indemnización por la pérdida de oportunidad, que ascendería a 4.814€.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Entendemos que ha quedado claro que la determinación de la diligencia del médico constituye la clave fundamental en el resarcimiento de los daños. Actualmente, y a la luz de las nuevas disposiciones surgidas recientemente y debido a la interpretación de los tribunales, resulta confuso conocer cuál es el nivel de diligencia exigido al médico y sobre qué criterios se determina la existencia de su responsabilidad, de ahí el objeto de este dictamen.

SEGUNDA.- La primera tesis se centra en la idea de que nos encontramos ante una conducta profesional contraria a las normas de la “lex artis” al no haberle prescrito las oportunas pruebas radiológicas que hubieran permitido diagnosticar en su momento el adenocarcinoma de páncreas que anunciaban los síntomas

PERJUICIO PERSONAL BÁSICO (TABLA 1.A)	PERJUDICADOS	CUANTÍA (X)	IMPORTE
MADRE (Hijo fallecido más de 30 años)	1	40000	40000
HIJOS (Más de 30 años)	2	20000	40000
HERMANA (Hermano que tenga más de 30 años)	1	15000	15000
TOTAL PERJUICIO PERSONAL BÁSICO			

PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR (TABLA 1.B)	PERJUDICADOS	CUANTÍA (X)	IMPORTE
HIJOS (Hijo que tenga más de 20 años)	2	40000 X 25%	10000
HERMANA Y MADRE (Perjudicado único de su categoría)	2	15000 X 25% (Hermana) 40000 X 25% (Madre)	13750
TOTAL PERJUICIO PARTICULAR			

PERJUICIO PATRIMONIAL: DAÑO EMERGENTE	PERJUDICADOS	CUANTÍA (X)	IMPORTE
Sin necesidad de justificación: Cantidad por perjudicado	4	400€ x 4	1600
TOTAL DAÑO EMERGENTE			1600

TOTAL INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO

120.350€

CANTIDAD POR FALLECIMIENTO	PORCENTAJE PÉRDIDA OPORTUNIDAD	TOTAL
120.350€	16%	19.256€

que presentaba la paciente. El diagnóstico adecuado se produce tras la realización de un TAC prescrito por el médico internista, como prueba diagnóstica para este tipo de tumores, inmediatamente después de que Doña María le relatara sus síntomas, pero ya era demasiado tarde para actuar sobre el mismo debido a la afectación que en ese momento presentaba.

Básicamente, la tesis del especialista internista que atendió a la paciente en última instancia, sostiene que los síntomas que presentaba se asociaban a los de una patología tumoral y no, a la digestiva o psiquiátrica, por lo que pudo diagnosticarse con mucha antelación si se hubieran prescrito las pruebas señaladas en el protocolo.

La segunda teoría por la que podría declinarse el Juez o Tribunal es que se debe tener en cuenta la propia naturaleza del ser humano, y por tanto, no siempre que se aplica la denominada *lex artis* o la totalidad de los conocimientos científicos, se consigue sanar al paciente. También hay que reconocer que una vez que se produce un daño o perjuicio o incluso un fatal desenlace, es más fácil determinar lo que debería haberse hecho en cada momento.

Además, nadie duda de la dificultad del diagnóstico de un adenocarcinoma de páncreas sin que se presenten síntomas específicos como puede ser la ictericia, que no se daba en nuestro caso. Aún así, cuando el diagnóstico llega tarde, cabe tratamiento con resección quirúrgica, aunque no disminuya la mortalidad, puesto que la tasa de diagnóstico y de mortandad discurren en paralelo.

TERCERA.- Lo que defendemos en este supuesto es la aplicación de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, partiendo que el daño no ha sido causado directamente por los médicos, pues la paciente ya tenía el tumor, pero sí que actuaron negligentemente al omitir la realización de las pruebas diagnósticas oportunas. Este “dejar de hacer” impidió detectar correctamente o a tiempo el cáncer de páncreas y, en consecuencia, se redujo la esperanza de vida de la paciente.

Por todo ello, y a la vista de la normativa, jurisprudencia y doctrina, nuestra tesis es que en este supuesto se produjo un retraso en el diagnóstico médico que provocó la pérdida de oportunidad, al incumplir los facultativos su obligación de aplicar las técnicas sanitarias en



función del conocimiento de la práctica médica. No se realizó a la paciente las pruebas adecuadas a los síntomas que presentaba, siendo ello así, y con independencia de que no se sepa cuáles hubieran sido los resultados finales de dicho tratamiento, entendemos que queda acreditado la posible demora de un tiempo significativo hasta que se cumpliera el resultado fatal.

CUARTA.- Como ya hemos hecho referencia anteriormente, entendemos más oportuno utilizar la vía civil antes que la penal para la reclamación de la cantidad derivada de responsabilidad profesional por una posible negligencia médica y siempre dirigiendo la demanda contra el Hospital "XX", donde se atendió a la paciente, al cumplirse los siguientes presupuestos requeridos para la aplicación del art. 1903 del Código Civil:

- a) Relación de dependencia del autor del daño con la entidad de la que depende.
- b) Nexos causal entre la actuación productora del daño y la omisión de la obligación de control del superior jerárquico.
- c) La presunción de culpa solo desaparece con la prueba del superior jerárquico de que adoptó las medidas de control y vigilancia para evitar el daño.
- d) Hay que analizar caso por caso para apreciar qué tipo de control puede y debe exigirse a los superiores para que no se les derive responsabilidad por conducta omisiva.

QUINTA.- La acción principal irá dirigida hacia el Hospital "XX", cuyos facultativos actuaron con culpa o negligencia en el diagnóstico tardío del cáncer que padecía la fallecida, por lo que nos encontramos ante una relación contractual entre la paciente y dicho Hospital.

Por otro lado, en aplicación del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, los herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

SEXTA.- Por tanto, dispondremos de un plazo de cinco años para interponer la correspondiente demanda de responsabilidad civil, antes de que prescriba la correspondiente acción, tal y como recoge el artículo 1.964.2 del Código Civil. Este plazo debe de computarse desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

SÉPTIMA.- Finalmente, para el cálculo de la indemnización debemos atenernos al porcentaje estadístico de probabilidades de supervivencia y/o expectativa de calidad de vida si la fallecida hubiera sido tratado correctamente. Por tanto, se trata de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido, y con el requisito del nexo de causalidad. A efectos de indemnización, supone que se indemniza, no el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado.

A la vez tenemos que considerar los daños morales consisten en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos infligidos por el hecho dañoso a los familiares de la víctima en este caso. Realizando una estimación objetiva de los daños según el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a la que se le aplicaría los porcentajes mencionados anteriormente, podría solicitarse una indemnización de aproximadamente 24.070€ para la totalidad de los familiares demandantes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. BLAS ORBÁN, C., Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el Siglo XXI, J.M. Bosch Editor.
2. CASADO ANDRÉS, B., "El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 9, 2015
3. DIEZ-PICAZO, L., El escándalo del daño moral, Thomson- Civitas, Pamplona, 2008
4. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales", Revista jurídica de Castilla y León, nº.3, mayo 2004.
5. GÁZQUEZ SERRANO, L., "Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 2012.
6. GÓMEZ JARA, M., La responsabilidad profesional sanitaria, Derecho sanitario, Atelier, Libros Jurídicos.

7. JIMÉNEZ LOPEZ, M^a. DE LAS NIEVES, Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria, *Práctica Jurídica*, Tecnos.
8. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., "La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica". *Revista Economist & Jurist*, N^o 146, diciembre 2010.
9. V.A. Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (Dir.), Sepin, Madrid, 2015.
10. LUNA YERGA, A., La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria, Culpa y Causalidad, Thomson, Civitas.
11. MARTÍNEZ-CALCERRADA, La responsabilidad civil profesional, Colex, Madrid, 1996; y "Especial estudio de la denominada Lex artis ad hoc en la función médica", *Actualidad Civil*, núm. 542, 1986.
12. MEDINA CRESPO, M., "Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos. Comentario a la STS (Sala 1^a) de 8 de abril de 2016". *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N^o 58, Segundo trimestre, 2016.
13. MONTERO AROCA, La doctrina de la facilidad está recogida en Sentencias del TS de 23 de septiembre de 1986 y 17 de octubre de 1983.
14. MONTEROSO CASADO, E., "Diligencia médica y responsabilidad civil", Premio Magistrado Ruiz Vadillo.
15. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.," Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica", *Actualidad Civil*, 2001.
16. SEIJAS QUINTANA, J.A., Cambios sustanciales durante la última década en la doctrina jurisprudencial de Responsabilidad Civil. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., y LÓPEZ JIMÉNEZ, A. (Coord.), XVI Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Ponencias sobre responsabilidad civil y el Nuevo Baremo de Daños, Sepin, Málaga, 2016.





jurisprudencia

Acción de subrogación de la aseguradora en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de incumplimiento de contrato de suministro de energía eléctrica. Debe responder la empresa comercializadora, sin perjuicio de la posibilidad de ésta de repetir frente la empresa distribuidora

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 24 de octubre de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, si la responsabilidad civil por el incumplimiento de un contrato de suministro de energía eléctrica ha de dirigirse exclusivamente contra la entidad distribuidora de la energía que, en este caso, no fue demandada y con la que el usuario no tenía relación comercial alguna o, por el contrario, también puede dirigirse contra la entidad o entidades comercializadoras de dicha energía, condición que sí ostentaban las dos entidades demandadas en este pleito, una de las cuales, Axpo Ibérica, S.L.U, antes EGL Energía Ibérica, S.L, fue apelante y ahora recurrente.

Esta cuestión se plantea en el curso de la acción subrogatoria (artículo 43 LCS) ejercitada por la entidad aseguradora en reclamación de la cantidad correspondiente a la indemnización satisfecha a su asegurada por los daños y perjuicios sufridos. No es objeto de discusión ni la realidad del siniestro, ni la cuantificación de los daños, ni tampoco la referida causa de los mismos: «fluctuaciones del suministro», «sobre tensión» o «picos de tensión».

2. Del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito entre la entidad aquí recurrente y la entidad asegurada, interesa destacar el siguiente clausulado:

« [...] 1. SUMINISTRO Y ASPECTOS RELACIONADOS CON EL MISMO. » 1.1 Suministro. EGL ENERGÍA IBERIA, S.L. (el "Comercializador") se obliga a entregar y el Cliente a recibir y a pagar, al Precio del Contrato indicado en las Condiciones Particulares, el Volumen Contratado de energía eléctrica suministrado en firme en el Punto de Suministro y durante la Duración del Contrato en los términos y condiciones establecidos en estas Condiciones Generales (denominadas, junto con las Condiciones Particulares, el "Contrato de Suministro" o el "Contrato"). A los efectos de las presentes Condiciones Generales, "en firme" significa que el Comercializador sólo puede eximirse de la entrega de energía eléctrica (i) en caso de Fuerza Mayor que le afecte; (ii) en caso de que el Cliente no acepte la energía eléctrica suministrada por el Comercializador en el Punto de Suministro; o (iii) en caso de que se resolviera el acceso a la Red por un incumplimiento por el Cliente de la Normativa.

» 1.2 Suministro, Título y Riesgo. El Volumen Contratado se entregará en el Punto de Suministro y la titularidad, el riesgo y la responsabilidad respecto de la energía eléctrica del Volumen Contratado se transferirán del Comercializador al Cliente en dicho Punto de Suministro.

«[...] (iii) Que el Cliente cuente con instalaciones adecuadas y conformes con la Normativa para la colocación del Equipo de Medida, así como con la infraestructura y equipamientos necesarios para que le sea suministrada electricidad en el Punto de Suministro».

3. De la relación de hechos acreditados en la instancia, interesa resaltar los siguientes.

I) El 5 de diciembre de 2010 se produjo un siniestro de origen eléctrico en la factoría que

la empresa Euro Roca, S.L. tenía en Las Gándaras de Budiño, término municipal de Porriño (Pontevedra), la cual estaba dedicada al tratamiento, corte, pulido y venta de mármol y granito.

II) Dicho siniestro ocasionó daños materiales de diversa consideración en los equipos de dicha empresa. EGL Energía Ibérica, S.L. (hoy, AXPO Ibérica, S.L.U., en adelante, AXPO) era la comercializadora encargada de suministrar el fluido eléctrico para el negocio de aserradero de piedra y mármoles ubicado en las naves 1, 2 y 3 de la referida factoría. Endesa Energía, S.A.U (en adelante, Endesa) era la comercializadora encargada de suministrar electricidad para las naves 4 y 5.

III) En el momento de producirse el siniestro, Euro Roca, S.L. tenía suscrito un seguro denominado «Allianz Multirriesgo Empresarial» (póliza n.º 026223725) con la mercantil Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante, Allianz), que cubría las averías en equipos eléctricos, electrónicos e informáticos de dicha explotación, derivadas de daños de origen eléctrico.

IV) Según el informe pericial aportado por la actora, en el momento de producirse el siniestro las instalaciones de la entidad asegurada se encontraban en perfecto estado, siendo la sobretensión en el suministro - fluctuaciones del suministro- la causa que generó los daños en los distintos equipos (en concreto, según la demanda, los causados por el centro de transformación suministrado por AXPO fueron un variador de velocidad de la máquina biseladora y un motor eje W de la Talla-Bloques n.º 3, y los causados por el centro de transformación suministrado por Endesa fueron un variador de velocidad de la máquina pulidora, un motor principal grande del Telar n.º 5, un motor principal grande del Telar n.º 8, un motor de elevación del Telar n.º 1 y un motor bomba de fango del Telar n.º 6).

V) Dicha causa del siniestro fue contrastada por los servicios técnicos reparadores de los aparatos averiados y también se mencionó -con la denominación «picos de tensión»- en los presupuestos de reparación de los aparatos siniestrados (aportados como anexo al informe pericial).

VI) Los daños se valoraron en la suma de 8.190,18 €, correspondiendo a la entidad Axpo la cantidad 991,10 € y a la entidad Endesa la cantidad de 7.198,72 € .



VII) La aseguradora Allianz indemnizó a su asegurada el importe de dichos daños, subrogándose, al amparo del artículo 43 LCS, para el ejercicio de los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran a aquella frente a las entidades responsables y hasta el límite de la indemnización satisfecha.

4. En síntesis, con fecha 23 de julio de 2012 Allianz formuló demanda contra EGL (ahora AXPO) y contra Endesa, en la que solicitaba que se dictara sentencia condenando a cada demandada a satisfacer el importe correspondiente a los daños de los que eran responsables, 991,10 euros y 7.198,72, respectivamente; cantidades que debían incrementarse con los intereses legales desde la interpelación judicial y los procesales desde la sentencia y hasta su efectivo pago.

Fundaba tales pretensiones en los datos fácticos antes expuestos sobre la existencia del siniestro, origen eléctrico (fallo en el suministro) como causa del mismo -según dictamen peri-

cial y opinión de los técnicos reparadores de los aparatos dañados-, su cobertura en virtud de la póliza suscrita, en vigor cuando aquel se produjo, y sobre la indemnización satisfecha a su asegurada como presupuesto que le permitiría subrogarse en los derechos de aquella frente a las posibles responsables, entendiendo a este respecto, y por lo que ahora interesa, que dicha responsabilidad, de naturaleza contractual, no alcanzaba a la entidad distribuidora, a la que se consideraba ajena a la relación contractual de suministro eléctrico, sino a las dos entidades comercializadoras demandadas «al ser las empresas comercializadoras las obligadas a la prestación del servicio de suministro según los estándares exigibles, que están delimitados legalmente». En este sentido, en la fundamentación jurídica de la demanda, dentro del apartado «IV Legitimación pasiva», se aludía a que la jurisprudencia (con cita de la sentencia de la AP de Madrid, de 30 de marzo de 2010, que a su vez se remitía a una anterior de la Sección 13.ª de la misma audiencia, de 16 de enero de 2007) ya había aceptado la legitimación pasi-



axpoIBERIA, SL

va de las comercializadoras en atención a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 54/1997, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 17/2007, en virtud de lo dispuesto en el art. 44 Ley 54/1997, en redacción anterior a la reforma operada por Ley 25/2009, y en virtud de lo dispuesto en art. 70 del Real Decreto 1955/2000 . También se citaban en cuanto al fondo los arts. 43 LCS, 48 Ley 54/1997, 8 c), 128, 147 y 148 del RDL 1/2007, 325 y siguientes del Código de Comercio con relación al contrato de compraventa mercantil y su aplicación al de suministro según doctrina fijada por las SSTs de 9 de abril de 1973 y 31 de marzo de 1975, y arts. 1089, 1091, 1094, 1100, 1101, 1103, 1104, 1106 y 1108 CC, con relación a la responsabilidad contractual.

La codemandada Endesa, en su contestación a la demanda, se opuso a la misma y argumentó, que carecía de legitimación pasiva toda vez que según el contrato, suscrito con la asegurada la relación comercial quedaba sujeta a la Ley 54/1997, norma en atención a la cual las actividades de distribución, transporte y venta de energía competían a las empresas distribuidoras y no a las comercializadoras, siendo el distribuidor el obligado a prestar el suministro de forma regular y continuada, con los niveles de calidad que se determinen en función de criterios de diferenciación de áreas geográficas y tipología de consumo (art. 41.1 a) Ley 54/1997). En esta línea, también argumentó que el artículo 105 RD 1955/2000 contempla al distribuidor como único responsable del cumplimiento de los niveles de calidad individual definido en los artículos anteriores, en relación con cada uno de los consumidores conectados a sus redes.

Por su parte, la codemandada y aquí recurrente, Axpo Ibérica, S.L.U, también se opuso a la demanda. En este sentido, planteó su falta de legitimación pasiva con fundamento en que la acción subrogatoria ejercitada en la demanda se apoyaba en el Real Decreto Legisla-

tivo 1/2007, que aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, normativa según la cual los únicos responsables de los daños causados por los defectos de sus productos son los productores (art. 135), siendo productor de la energía eléctrica causante de los daños indemnizados en la empresa distribuidora y no las comercializadoras demandadas. En esta línea citó los artículos 45 Ley 54/1997 y 71.2 RD 1955/2000, según los cuales, dentro de las obligaciones que competían a las empresas comercializadoras de la energía eléctrica no se incluía la obligación de suministrar dicha energía de forma regular y continua, con los niveles de calidad establecidos en las normas legales y reglamentarias, al tratarse de una obligación propia y característica de las empresas distribuidoras (art. 41 b) y c) de dicho RD 1955/2000). En suma, la parte hoy recurrente consideró que la responsabilidad por las deficiencias en el suministro de la energía eléctrica, causa de los daños ocasionados e indemnizados, correspondía a las empresas distribuidoras y, en su caso, a las titulares de las instalaciones de transporte, en ningún caso a las comercializadoras ya que estas «no disponen de medio alguno para controlar la calidad del suministro».

5. La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda y condenó a las codemandadas al abono de las cantidades reclamadas.

6. Interpuesto recurso de apelación sólo por la entidad aquí recurrente, Axpo Ibérica, S.L.U, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia apelada. Con relación a la cuestión objeto de casación, declaró:

« [...] La sentencia apelada fundamenta la legitimación pasiva de la empresa apelante en su expreso vínculo contractual con la consumidora asegurada por la actora, siempre a salvo

de la posible repetición de la comercializadora frente a la distribuidora por su hipotética responsabilidad en los defectos de suministro, con remisión a varias sentencias de Audiencias Provinciales que defienden el mismo criterio. El recurso entiende superado este criterio con su alegación de la sentencia de 17 de diciembre de 2012 dictada por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid que en efecto declara la improcedencia de una reclamación similar a la presente al dirigirse frente a la comercializadora y no la distribuidora, por entender que la empresa distribuidora es la responsable del cumplimiento de los estándares y calidad del suministro, siendo la única obligación de la comercializadora el de colaborar con la reclamación de los perjuicios. Sin embargo esta sentencia no es mayoritaria, ni siquiera en la Audiencia de Madrid, ni es la más reciente, pues en sentido contrario, el mismo de la sentencia apelada, pueden citarse las de 30 de marzo de 2010 de la Sección 21 a y de 8 de noviembre de la Sección 25 a, así como la de 27 de junio de 2013 de la Sección 17.ª de la Audiencia de Barcelona que a su vez cita otras varias de distintas Audiencias Provinciales. Como expone esta última la normativa actual contempla la posibilidad de contratar el suministro de energía eléctrica, entre otras posibilidades, directamente con la entidad comercializadora, aquellas sociedades mercantiles que accediendo a las redes de transporte o distribución adquieren energía su venta a los consumidores. Y sigue diciendo que si el artículo 9 de la Ley 54/1997 atribuye a la comercializadora la función de «vender» la electricidad, es claro que, frente al usuario, dicha obligación comporta la de entrega de la energía en estado adecuado para su uso de modo que, cuando dicha obligación no se puede cumplir, ha de responder la comercializadora frente al mismo, cualquiera que sea el modo en que la comercializadora accede a la electricidad, o cualesquiera que sean las relaciones internas entre comercializadora y distribuidora a las que el consumidor es ajeno. Por tanto es la empresa que vende la energía la que debe responder cuando la alteración del producto vendido o en el servicio prestado, se producen daños a la empresa, sin olvidar que posteriormente, si así lo estima procedente y de acuerdo con la normativa del sector, pueda repetir contra la entidad distribuidora de la energía». 7. Frente a la sentencia de apelación, la codemandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación

PRIMERO.- Contrato de suministro de energía eléctrica. Responsabilidad contractual de la

entidad comercializadora por los daños y perjuicios derivados de un deficiente suministro de la energía. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por interés casacional por doctrina contradictoria de audiencias provinciales, interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 45.1 y 41.1 (K) de la Ley 54/1997, en relación con lo dispuesto en los artículos 9, 11.4 y 34.1 del mismo texto legal .

En síntesis, frente al criterio seguido por la sentencia recurrida favorable a considerar que la legitimación activa alcanza también a las empresas comercializadoras de la energía, dado que la normativa actual permite que se pueda contratar directamente con éstas el suministro de energía, criterio seguido por las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 12.ª, de 27 de abril de 2010, y Sección 21.ª de 30 de marzo de 2010, sustenta que resulta más fundado y correcto el criterio contrario según el cual, de conformidad con la normativa aplicable, la responsabilidad contractual por daños derivados u ocasionados por el suministro de energía eléctrica (falta del suministro o deficiencias en el mismo) sólo puede exigirse a la empresa distribuidora. Criterio seguido por la Audiencia Provincial de Madrid Sección 25.ª en las sentencias de 3 de abril de 2009 y 22 de noviembre de 2010 .

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

En primer lugar, debe señalarse que a tenor de la propia exposición de motivos de la Ley 57/1997, de 27 de noviembre, en particular del propósito liberalizador que la informa, la regulación del sector eléctrico, centrada en el ámbito legal que garantice el correcto funcionamiento del suministro de energía en un marco ya liberalizado, no tiene como función la regulación de las relaciones jurídicas privadas que se deriven de la actividad de la comercialización de la energía. Comercialización de dicha energía que, en los términos de la exposición de motivos citada, adquiere carta de naturaleza y queda materializada en el principio de libertad de contratación. Es por ello, como bien resalta la sentencia de la Audiencia, que la norma, en su artículo 9.- h-, atribuye a los comercializadores la función de la «venta de energía eléctrica» a los consumidores o usuarios, sin ambages y de un modo directo.

En segundo lugar, al hilo de lo expuesto, sentada la relación contractual que vincula a las partes, así como el defectuoso suministro de energía realizado y la determinación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, interesa destacar la aplicación de nuestro Código Civil tanto con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligatorio y la consecuente indemnización de los daños y perjuicios derivados (artículos 1101 y sgts. del Código Civil), como en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato, de forma que dicho principio no sólo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma aquellas lagunas que pueda presentar la reglamentación contractual de las partes con relación a la debida ejecución y cumplimiento del contrato celebrado (entre otras, SSTS núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 de abril).

En el presente caso, no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro (cláusula 1.1 del contrato). Del mismo modo que se reservó, como condición suspensiva del contrato, una facultad de control acerca de la adecuación de las instalaciones del cliente para que dicha energía pudiera ser suministrada (cláusula 1.4 del contrato). Por su parte, el cliente accedió a dicha contratación confiando en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como una mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliera con las expectativas de «todo aquello que cabía esperar» de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato celebrado. Integración contractual, con base al principio de buena fe, que también viene contemplada en el artículo 6102 de los PECL (principios de derecho europeo de los contratos). Como tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (artículo 1105 del Código Civil) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor.

Lo contrario, por lo demás, supondría una clara desprotección e indefensión en el ejercicio de los derechos del cliente que estaría abocado, en cada momento, a averiguar que empresa era la suministradora de la energía sin tener con ella vínculo contractual alguno. Todo ello, sin merma del derecho a la acción de repetición que en su caso pueda ejercitar la comercializadora contra la empresa de distribución de energía eléctrica. Sin que la decisión de este recurso, limitada a la legitimación pasiva de las comercializadoras, deba interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores.

TERCERO.- Costas y depósito.

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de acuerdo a lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Axpo Ibérica, S.L.U, contra la sentencia dictada, con fecha 20 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, en el rollo de apelación núm. 323/2013 .

2. Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma; Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Eduardo Baena Ruiz, Pedro José Vela Torres y Fernando Pantaleón Prieto.

Recientemente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 24/10/2016, (ROJ 4628/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4628) ha resuelto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP. de Pontevedra, dictada en recurso de apelación nº. 323/2013 por la Sección 3ª, como consecuencia de un procedimiento declarativo ordinario seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de O Porriño, desestimándolo y estableciendo como doctrina que: <En la acción de subrogación de la aseguradora en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de incumplimiento de contrato de suministro de energía eléctrica, debe responder la empresa comercializadora, sin perjuicio de la posibilidad de ésta de repetir frente a la empresa distribuidora.>

En la acción de subrogación de la aseguradora en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de incumplimiento de contrato de suministro de energía eléctrica, debe responder la empresa comercializadora, sin perjuicio de la posibilidad de ésta de repetir frente a la empresa distribuidora

Son antecedentes de hecho de la sentencia la demanda interpuesta por la aseguradora Allianz contra Endesa Energía, S.A. y la codemandada, Axpo Ibérica, S.L.U., planteándose, en el curso de la acción subrogatoria ejercida por dicha entidad aseguradora, y como cuestión de fondo, la legitimación pasiva <ad causam> de las empresas distribuidoras y/o comercializadoras de energía eléctrica, en el sentido de si la responsabilidad civil por el incumplimiento de un contrato de suministro de energía eléctrica ha de dirigirse exclusivamente contra la empresa distribuidora de la energía, que en este caso no fue demandada, y con la que el usuario no tenía relación comercial alguna o, por el contrario, también puede dirigirse contra la empresa comercializadora, condición que si ostentaban las dos entidades codemandadas.

Se ejercita por parte de la Aseguradora, una acción de subrogación -ex art.43 LCS- en reclamación de la cantidad correspondiente a la indemnización satisfecha a su asegurada por los daños y perjuicios sufridos a causa de fluctuaciones del suministro eléctrico por sobre tensión o picos de tensión. En primera instancia se dictó sentencia estimatoria íntegramente de la demanda, contra la que se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto confirmando totalmente la sentencia apelada. Frente a dicha sentencia la codemandada interpone recurso de casación con un único motivo en interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales.

COMENTARIO

Nuestro Alto Tribunal resuelve el recurso de casación, en sentido desestimatorio, sentado como doctrina jurisprudencial, aquel criterio según el cual, la legitimación pasiva alcanza también a las empresas comercializadoras de energía, dado que la normativa actual vigente -Ley 24/2013 de 26 de diciembre del Sector Eléctrico. La STS comentada cita la derogada Ley 54/1997- permite que se pueda contratar directamente con éstas el suministro de energía, lo que determina que sentada la relación contractual que vincula a las partes a través del correspondiente contrato de suministro de energía eléctrica, pueda existir una responsabilidad civil por incumplimiento contractual por parte de la entidad comercializadora por los daños y perjuicios derivados de un deficiente suministro de la energía.

Por su parte el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como una mera intermediaria, sino como responsable directa, con arreglo a la naturaleza y características del contrato

El supuesto analizado en la sentencia, da pie a que no quepa duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro. Por su parte el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como una mera intermediaria, sino como responsable directa, con arreglo a la naturaleza y características del contrato. Lo contrario supondría una clara desprotección e indefensión de los derechos del cliente que estaría abocado, a averiguar qué empresa era la suministradora de la energía sin tener con ella vínculo contractual alguno. Todo ello sin merma alguna al derecho a la acción de repetición que en su caso pueda ejercitar la comercializadora contra la empresa distribuidora, y sin que con esta doctrina, recalca la Sala, deba interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores.



jurisprudencia

Tribunal
Supremo
RESPONSABILIDAD
CIVIL

**Contrato de transporte aéreo de mercancía.
Responsabilidad de la transportista derivada
de la empresa contratada por aquella para realizar
las labores de handling, a pesar de que la pérdida de la
mercancía se produjo en el almacén bajo la
custodia del transportista y sus dependientes,
y no en el espacio aéreo de vuelo**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 25 de noviembre de 2016.

Ponente: Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El presente caso, en un supuesto de pérdida de la mercancía en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino, plantea, como cuestión de fondo, la calificación del contrato suscrito, bien como de transporte aéreo, o bien como contrato de depósito, a los efectos de la normativa aplicable; en particular, respecto de la aplicación del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, modificado por protocolo de 28 de noviembre de 1955, con relación a la limitación de responsabilidad que establece su artículo 22.2 .



2. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes:

I) Con fecha 2 de agosto de 2009 la demandante, la entidad Zaffertec, S.L., importó desde Teherán (Irán) una caja de azafrán sin triturar, con destino a Barcelona por vía aérea a través de la compañía Austrian Airlines.

Dicho envío se formalizó mediante contrato aéreo de transporte núm. 257-84 55 62 00. El peso del azafrán era de 10 kg y con un precio de 2490 €/kilogramo.

II) La demandante figuraba en la carta de porte aéreo como destinataria de la mercancía. El transporte fue contratado en régimen general, sin declaración de valor, ni declaración aduanera especial.

III) El transportista aéreo, Austrian Airlines, contrató a la empresa Air Logistics como agente de carga en el aeropuerto de Barcelona, quien, a su vez, subcontrató a la

empresa Europa Air Transport como agente handling en tierra en el mismo aeropuerto.

IV) La mercancía llegó al aeropuerto de Barcelona y se extravió en el almacén de European Air Transport antes de formalizar los trámites por la agencia de aduanas encargada de la importación de la mercancía.

3. A los efectos que aquí interesan, el Convenio de Varsovia dispone lo siguiente.

«Artículo 18. » (1) El porteador es responsable del daño ocasionado en caso de destrucción, pérdida o avería de equipajes facturados o de mercancía, cuando el hecho que ha causado el daño se produzca durante el transporte aéreo (2) El transporte aéreo, con arreglo al sentido del párrafo precedente, comprendería el período durante el cual los equipajes o mercancías se hallen bajo la custodia del porteador, sea en un aeródromo o a bordo de una aeronave o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un



sente Convenio que excluyen o limitan su responsabilidad, si el daño proviene por su dolo o de faltas que con arreglo a la ley del Tribunal que entiende en el asunto, se consideren como equivalente a dolo. (2) Les será igualmente rehusado este derecho si el daño ha sido causado en las mismas condiciones por uno de sus agentes obrando en el ejercicio de sus funciones».

4. En síntesis, la entidad Zaffertec, S.L., interpuso demanda contra European Air Transport (DHL) en reclamación de 24.900 € por el valor del azafrán extraviado en el aeropuerto de Barcelona.

Basó su demanda en el incumplimiento de la demandada del contrato de depósito existente y en la infracción del artículo 1758 del Código Civil. En este sentido, argumentó que los almacenes de depósito temporal son los destinatarios de la custodia temporal de la carga transportada por vía aérea y ejecutores, a través de la empresa almacenista que los gestiona, de las fases terrestres del transporte aéreo, que incluyen los actos de entrega y recepción de las mercancías, donde ingresa, sale o permanece la mercancía hasta que se hayan culminado los trámites de despacho aduanero o hasta que la autoridad aduanera autorice su salida, asumiendo la empresa encargada de tal actividad la custodia de la mercancía y la responsabilidad por su pérdida, existiendo por tanto un mero contrato de depósito, siendo en consecuencia inaplicable el Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo internacional.

aeródromo. (3) El período del transporte aéreo no comprende ningún transporte terrestre, marítimo o fluvial efectuado fuera de un aeródromo. Sin embargo, cuando dicho transporte se efectuare en ejecución del contrato de transporte aéreo para fines de carga, entrega o transbordo, todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho acaecido durante el transporte aéreo».

«Artículo 22.2.» En el transcurso de equipajes facturados y de mercancías, la responsabilidad del porteador se limitará a la suma de doscientos cincuenta francos por kilogramo, salvo declaración especial de interés en el envío hecho por el expedidor en el momento de la entrega de la mercancía al porteador y mediante el pago de una tasa suplementaria eventual. En este caso, el porteador estará obligado a pagar hasta el importe de la suma declarada, a menos que pruebe que es superior al interés real del expedidor en la entrega.

«Artículo 25.» (1) El porteador no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones del pre-

La demandada se opuso a la demanda, solicitando subsidiariamente la responsabilidad limitada de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Varsovia, que resultaba de aplicación. Argumentó que el presente caso no se estaba ante un contrato de depósito, sino ante un contrato que le resultan aplicables las normas sobre transporte aéreo internacional atendido lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de Varsovia. Señaló que la obligación de custodia de la transportista no solo abarca, por tanto, el transporte aéreo en sí, sino todo el tiempo en que la mercancía permanezca bajo su control mediato o inmediato hasta su entrega al destinatario.

De forma que la responsabilidad de Austrian Airlines, como porteadora contractual, así como la de sus agentes y dependientes, comenzó en el momento en que tomó la mercancía bajo su poder en el aeropuerto de Teherán y terminó con la entrega a la persona designada al efecto

en el aeropuerto del Prat. Al haberse perdido la mercancía antes de tal entrega a la persona destinada a tal efecto, debe aplicarse el Convenio de Varsovia, con la consiguiente limitación de responsabilidad prevista en tal Convenio.

5. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la responsabilidad por culpa de la demandada en la pérdida de la mercancía y su condena al pago de los 24.900 € reclamados. Consideró que el contrato de transporte aéreo se inicia desde la entrega de las mercancías en el punto de origen y finaliza con la declaración sumaria que realiza ante la Agencia Tributaria. Señaló que la propia resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, al atribuir la competencia objetiva del procedimiento a este Juzgado, impide su calificación como contrato de transporte, para lo cual carecería de competencia objetiva. Extraviada la mercancía con posterioridad a la realización de la declaración sumaria, no resulta aplicable la normativa sobre transporte aéreo internacional, existiendo un mero depósito civil que fue incumplido por la demandada.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de segunda instancia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia apelada.

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Contrato de transporte aéreo de mercancía. Pérdida de la mercancía en el almacén bajo la custodia del transportista y sus dependientes. Responsabilidad derivada. Calificación del contrato. Aplicación del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929. Limitación de responsabilidad. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, en interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 18 del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, con fecha de 29 de octubre de 1929. Como fundamento del interés casacional, por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, cita las SSTS de 10 de junio de 1987 y 15 de julio de 2010, que establecen que el transporte aéreo comprende el tiempo durante el que las mercancías están en el aeropuerto bajo la custodia del porteador y de sus dependientes. En este sentido, señala que actuó en virtud de un contrato de handing para la asistencia en tierra de terceros, contrato concertado con la entidad Air Logistics, de la que depende. De modo que, en el presente caso, no estamos ante una



labor de depósito si no que resultan aplicables las normas sobre transporte aéreo internacional atendido lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de Varsovia. Dado que la obligación de custodia de la transportista no sólo abarca el transporte aéreo en sí, sino todo el tiempo en que la mercancía permanezca bajo su control mediato o inmediato hasta su entrega al destinatario. Por lo que la responsabilidad de Austria Airlines, como portadora así como la de sus agentes y dependientes, comenzó en el momento en el que tomó la mercancía bajo su poder en el aeropuerto de Teherán y terminó con la entrega a la persona designada al efecto en el aeropuerto del Prat. Al haberse perdido la mercancía antes de tal entrega a la persona destinada al efecto debe aplicarse el Convenio de Varsovia, con la consiguiente limitación de responsabilidad prevista en dicho Convenio.

2. El motivo debe ser estimado.

Como argumenta la recurrente en las sentencias que cita como fundamento del interés casacional del recurso, esto es, las sentencias núm. 366/1987, de 10 de junio y la núm. 479/2010, de 15 de julio, esta Sala ya ha tratado la cuestión objeto de controversia con arreglo a las siguientes consideraciones.

Así, en primer lugar ha precisado, con relación a la responsabilidad derivada, que en estos supuestos de transporte aéreo de mercancías, una vez depositada la mercancía en tierra, no por ello el contrato de transporte suscrito se convierte automáticamente, salvo pacto en contrario, en un contrato de depósito mercantil, con la exigencia de la responsabilidad propia o típica del depositario. Por el contrario, dicho contrato de depósito debe diferenciarse de otros contratos, como el contrato de transporte aéreo de mercancías, que aunque contengan un deber de custodia, no obstante, su naturaleza jurídica, con arreglo a las obligaciones principales del contrato, no resulta asimilable al contrato de depósito; de forma que presentan un régimen especial con relación al deber general de custodia y a la responsabilidad derivada.

En segundo lugar, con relación a la aplicación del artículo 18 del citado Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930, la responsabilidad del porteador por pérdida de la mercancía, supuesto del presente caso, se produce cuando dicho hecho, generador del daño, acontece «durante el transporte aéreo». Transporte que, a los referidos efectos, se considera existente durante el tiempo en que las mercancías están bajo la cus-

todia del porteador o sus dependientes, «sea en un aeródromo, a bordo de una aeronave, o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo».

En el presente caso, esto es lo que sucedió, pues la mercancía se extravió en el almacén de European Air Transport que actuaba como dependiente del transportista según el propio tenor del artículo 30 del Convenio de Varsovia, dado que fue contratada por Air Logistics, agente del transportista aéreo, para actuar con agente de handling en el aeropuerto de Barcelona y, por tanto, en el ejercicio de la actividad contemplada de transporte. Por lo que resulta de aplicación el Convenio de Varsovia.

Por último, al no haberse acreditado el dolo, o falta equivalente, del transportista o sus dependientes (artículo 25 del Convenio), máxime cuando el transporte fue contratado sin declaración especial de valor, ni pago de tasa suplementaria que incrementara la diligencia exigible por custodia, resulta de aplicación la limitación de responsabilidad prevista artículo 22 del Convenio de Varsovia.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que no se ha expresa imposición de las costas causadas por el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la estimación en parte del recurso de apelación y la estimación en parte de la demanda interpuesta, por lo que no cabe hacer expresa imposición de costas de dichas instancias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398.2 y 394.2 LEC.

3. Asimismo, procede ordenar la restitución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad European Air Transport (DHL) contra la sentencia dictada, con fecha 20 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección

11.ª, en el rollo de apelación núm. 670/2012, que casamos y anulamos en parte, con estimación parcial del recurso de apelación de la demandada y de la demanda interpuesta, en el sentido de declarar aplicable al presente caso el Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, los efectos de declarar la limitación de responsabilidad de la demandada, aquí recurrente, según lo previsto en el artículo 22 de dicho Convenio. 2. No ha lugar a hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, ni de las restantes instancias. 3. Ordenar la restitución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno, Pedro Jose Vela Torres



Por **Javier Maldonado Molina**
*Profesor Titular de Derecho Mercantil
 de la Universidad de Granada*

Tradicionalmente, la legislación sobre transporte de mercancías concede al porteador un régimen privilegiado frente al sistema común de responsabilidad, a través de lo que la normativa llama “limitación de responsabilidad”, matizando la doctrina científica que en realidad es una “limitación legal de deuda”, de forma que una vez valorado el daño producido en las mercancías transportadas, el porteador -y en su caso su asegurador- sólo responderán por unas cifras que suelen fijarse en función del peso de la mercancía. Este privilegio lo sigue manteniendo la moderna legislación promulgada en los últimos años, como la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (cf. su artículo 282), y la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, que dispone en su artículo 57 que la indemnización por pérdida o avería no podrá exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada. Desde 2010, el IPREM está fijado en 17,75 euros/día, resultando por tanto una limitación de 5,91 euros/día por kilogramo de peso bruto de mercancía perdida. Si el transporte de mercancías por carretera es internacional, se aplica el CMR (Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera), de cuyo artículo 23.3 resulta que la indemnización no podrá exceder de 8,33 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto faltante, esto es, 8,33 Derechos Especiales de Giro, cuyo valor actual es de 0,79 euros, por lo que en este momento la indemnización no podría exceder de 6,58 euros por kilogramo de peso bruto faltante.

La sentencia reseñada se refiere a un transporte aéreo internacional de mercancía, para el que el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Convenio de Varsovia de 1929) prevé una limitación en su artículo 22.2: “En el transporte de equipajes facturados y de mercancías, la responsabilidad del porteador se limitará a la suma de doscientos cincuenta francos por kilogramo, salvo declaración especial de interés en el envío hecho por el expedidor en el momento de la entrega de la mercancía al porteador y mediante el pago de una tasa suplementaria eventual. En este caso el porteador estará obligado a pagar hasta el importe de la suma declarada, a menos que pruebe que es superior al interés real del expedidor en la entrega”. Tras el Protocolo de Montreal de 1975, que junto a otros instrumentos conforman el caótico “Sistema de Varsovia”, aquellas cifras inicialmente fijadas en francos, se establecieron en Derechos Especiales de Giro, modificando aquel artículo 22.2, para fijar aquella limitación en la suma de diecisiete Derechos Especiales de Giro por kilogramo: actualmente, 21,46 euros por kilogramo. El “Sistema de Varsovia” convive con el Convenio de Montreal de 1999, que sólo desplaza al Convenio de Varsovia si el transporte aéreo internacional se ha producido entre dos Estados parte del nuevo Convenio, mientras que en caso contrario seguirá aplicándose el Convenio de Varsovia, obviamente si ambos Estados son parte del mismo.

La sentencia reseñada se refiere a un transporte aéreo internacional de mercancía, para el que el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Convenio de Varsovia de 1929) artículo 22.2: “En el transporte de equipajes facturados y de mercancías, la responsabilidad del porteador se limitará a la suma de doscientos cincuenta francos por kilogramo, salvo declaración especial de interés en el envío hecho por el expedidor en el momento de la entrega de la mercancía al porteador y mediante el pago de una tasa suplementaria eventual. En este caso el porteador estará obligado a pagar hasta el importe de la suma declarada, a menos que pruebe que es superior al interés real del expedidor en la entrega”

COMENTARIO

La controversia que dio lugar a este procedimiento judicial, se centra en determinar si la pérdida de la mercancía (una caja de azafrán importada desde Irán, Estado que no es parte del Convenio de Montreal) en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino (Barcelona-El Prat), se debe someter al régimen previsto para el transporte aéreo internacional, o bien al del contrato de depósito, siendo relevante la calificación en tanto en este último caso la empresa responsable de la pérdida debería indemnizar el valor total de la mercancía (24.900 euros), sin aplicarse la limitación prevista en el Convenio de Varsovia. En este segundo caso, al tener la mercancía perdida un peso de 10 kilogramos, la indemnización se limitaría a unas cien veces menos que su valor real: el azafrán perdido tenía un valor de 2.490 €/kilogramo, mientras que como se ha dicho, en la actualidad la limitación se cifraría en 21,46 €/kilogramo. Todo ello por aplicación de ese régimen privilegiado para el porteador,

El importador mantuvo con éxito en la instancia que dado que la mercancía se perdió en los almacenes de la empresa subcontratada por el agente del porteador como agente handling o asistente en tierra, ya no estaríamos ante una relación de transporte aéreo, sino ante un contrato de depósito, siendo el agente handling el responsable de la custodia de la mercancía en el almacén de depósito temporal, hasta que se hayan culminado los trámites de despacho aduanero o hasta que la autoridad aduanera autorice su salida.

dado que en este caso no se hizo la declaración especial de interés o valor que tras el pago de una tasa suplementaria eventual, habría supuesto que el porteador sí estuviera obligado a pagar hasta el importe de la suma declarada, a menos que probara que es superior al interés real del expedidor en la entrega.

A tal efecto, el importador mantuvo con éxito en la instancia que dado que la mercancía se perdió en los almacenes de la empresa subcontratada por el agente del porteador como agente handling o asistente en tierra, ya no estaríamos ante una relación de transporte aéreo, sino ante un contrato de depósito, siendo el agente handling el responsable de la custodia de la mercancía en el almacén de depósito temporal, hasta que se hayan culminado los trámites de despacho aduanero o hasta que la autoridad aduanera autorice su salida. En primera instancia, no se estimó la oposición de la demandada (el agente handling) consistente primero en que se desestimara la demanda en su integridad o subsidiariamente se aceptara la responsabilidad limitada en su calidad de agente handling del representante del porteador contractual, a la cantidad de 17 Derechos Especiales de Giro. Esta limitación de responsabilidad no se prevé en el Convenio de Varsovia para los agentes del porteador, al contrario de lo que hace el Convenio de Montreal, en cuyo artículo 43 se indica que “todo dependiente o agente de éste o del transportista contractual tendrán derecho, si prueban que actuaban en el ejercicio de sus funciones, a invocar las condiciones y los límites de responsabilidad aplicables, en virtud del presente Convenio al transportista del cual son dependiente o agente, a menos que se pruebe que habían actuado de forma que no puedan invocarse los límites de responsabilidad de conformidad con el presente Convenio”. Sea como fuere, no se estimó la oposición, y se confirmó la condena a indemnizar en concepto de depositario impuesta en primera instancia.

COMENTARIO

Finalmente, el agente handling condenado como depositario interpuso recurso de casación, fundamentando el interés casacional en la oposición de la sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia de Barcelona, a la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que establece que el transporte aéreo comprende el tiempo durante el que las mercancías están en el aeropuerto bajo la custodia del porteador y de sus dependientes, citando las SSTS de 10 de junio de 1987 y 15 de julio de 2010, en las que se había condenado al porteador aéreo (no al agente) por pérdidas de la mercancía en tierra. En efecto, el Convenio de Viena extiende el transporte aéreo a los períodos durante los cuales las mercancías se hallen bajo la custodia del porteador, sea en un aeródromo o a bordo de una aeronave o en un lugar cualquiera, en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo (art. 18.2). El Tribunal Supremo estima el recurso, y en aplicación de lo previsto en el mencionado artículo 18.2 del Convenio, declara que “en estos supuestos de transporte aéreo de mercancías, una vez depositada la mercancía en tierra, no por ello el contrato de transporte suscrito se convierte automáticamente, salvo pacto en contrario, en un contrato de depósito mercantil, con la exigencia de la responsabilidad propia o típica del depositario. Por el contrario, dicho contrato de depósito debe diferenciarse de otros contratos, como el contrato de transporte aéreo de mercancías, que aunque contengan un deber de custodia, no obstante, su naturaleza jurídica, con arreglo a las obligaciones principales del contrato, no resulta asimilable al contrato de depósito; de forma que presenten un régimen especial con relación al deber general de custodia y a la responsabilidad derivada”. Y añade que en este caso, el “Transporte (...) se considera existente durante el tiempo en que las mercancías están bajo la custodia del porteador o sus dependientes, «sea en un aeródromo, a bordo de una aeronave, o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo»”.

El Tribunal Supremo concluye la responsabilidad del agente handling como dependiente del transportista, invocando lo establecido en el artículo 30 del Convenio, previsto para el transporte que haya de ejecutarse por varios porteadores sucesivos: afirma que “la mercancía se extravió en el almacén de European Air Transport que actuaba como dependiente del transportista según el propio tenor del artículo 30 del Convenio de Varsovia, dado que fue contratada por Air Logistics, agente del transportista aéreo, para actuar con agente de handling en el aeropuerto de Barcelona y, por tanto, en el ejercicio de la actividad contemplada de transporte. Por lo que resulta de aplicación el Convenio de Varsovia

De ello resultaría claramente la responsabilidad de la compañía aérea (el porteador no demandado), por su conducta o la de sus dependientes, si bien el Tribunal Supremo concluye la responsabilidad del agente handling como dependiente del transportista, invocando lo establecido en el artículo 30 del Convenio, previsto para el transporte que haya de ejecutarse por varios porteadores sucesivos: afirma que “la mercancía se extravió en el almacén de European Air Transport que actuaba como dependiente del transportista según el propio tenor del artículo 30 del Convenio de Varsovia, dado que fue contratada por Air Logistics, agente del transportista aéreo, para actuar con agente de handling en el aeropuerto de Barcelona y, por tanto, en el ejercicio de la actividad contemplada de transporte. Por lo que resulta de aplicación el Convenio de Varsovia”. No queremos dejar de apuntar que la Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 12 de junio de 2008, recaída en un asunto en el que se había demandado a un agente handling como “representante” del transportista, declaró que “Ejercitada en la demanda una acción de responsabilidad contractual con fundamento en el contrato de transporte y en el Convenio de Montreal, no puede prosperar la demanda cuando se dirige contra el agente en la condición de representante de la compañía aérea cuando no ostenta dicha representación, sin perjuicio de la responsabilidad del transportista contractual o de hecho los cuales asumen como propios los actos de sus agentes (artículo 41 del Convenio de Montreal)”.

COMENTARIO

Por último, la controversia acerca de si se trataba de una responsabilidad derivada de un contrato de transporte aéreo, o un contrato de depósito, también tuvo un reflejo inicial acerca del juzgado competente para conocer del asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 ter 2 LOPJ. La demanda se interpuso ante los Juzgados de Primera Instancia de El Prat de Llobregat, y tras plantearse declinatoria a favor de los Juzgados de lo Mercantil, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona suscitó cuestión de competencia, declarando la Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Auto de de septiembre de 2011) que “La demandante invoca las normas del Código civil que regulan las obligaciones del depositario. Tal como expone el auto impugnado, el artículo 86.ter.2.b) de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ) atribuye a los juzgados mercantiles el conocimiento de los litigios cuando la pretensión se promueva al amparo de la normativa de transporte nacional o internacional. No es éste el caso de autos, por lo que se estima procedente declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia de El Prat de Llobregat”. Según consta en la sentencia comentada, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se señalaba que la propia resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, al atribuir la competencia objetiva del procedimiento a ese Juzgado, impedía su calificación como contrato de transporte, para lo cual carecería de competencia objetiva. Sin embargo, en nuestra opinión, aquella resolución que se pronuncia sobre la competencia no prejuzga que finalmente la controversia sea resuelta aplicando la normativa sobre transporte por parte del Juzgado de Primera Instancia, en los casos como el presente en que se ha determinado la competencia tras el procedimiento previsto al efecto. Lo contrario sería someter a las partes a un peregrinaje de tribunales, y sancionar a quien desde un principio trató que el asunto fuera conocido por los Juzgados de lo Mercantil (cf. STS 18 de abril de 2016).

Aquella resolución que se pronuncia sobre la competencia no prejuzga que finalmente la controversia sea resuelta aplicando la normativa sobre transporte por parte del Juzgado de Primera Instancia, en los casos como el presente en que se ha determinado la competencia tras el procedimiento previsto al efecto. Lo contrario sería someter a las partes a un peregrinaje de tribunales, y sancionar a quien desde un principio trató que el asunto fuera conocido por los Juzgados de lo Mercantil.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

**Acción de repetición del constructor.
Se exonera al promotor que fue condenado
solidariamente por su condición de promotor
-aunque participó en el proceso constructivo-,
al considerar la Sala 1ª que hay que diferenciar
dicha responsabilidad solidaria, con el
funcionamiento del régimen de la solidaridad
en las relaciones internas de los agentes que
dan lugar a la acción de regreso del deudor que
realizó el pago de la reparación
de los daños ocasionados**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 28 de Noviembre de 2016.

Ponente: Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, si en un contrato de obra sujeto a la responsabilidad prevista en el artículo 1591 del Código Civil, y tras la condena solidaria del promotor, constructor y aparejador a realizar las obras necesarias o pagar el coste de las mismas por los defectos constructivos observados, el promotor, que no ha intervenido directamente en el proceso constructivo puede, en la relación interna de los agentes intervinientes en la obra, excepcionar la acción de regreso que ejercita en su contra la entidad constructora, que finalmente pagó el coste de las obras de reparación realizadas, por el importe de la cuota de responsabilidad que le correspondía

de acuerdo con la condena solidaria establecida (artículo 1145 del Código Civil).

2. De la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia conviene resaltar que de la prueba practicada no hay constancia de la participación causal y efectiva del promotor en la génesis de los daños ocasionados, cuya actividad se limitó a la contratación de los agentes intervinientes en el proceso constructivo: constructora, arquitectos y aparejador de la obra.

En este sentido, entre la empresa promotora, Proincasa, aquí recurrida, y la contratista, Ferrovia, S.A., aquí recurrente, se celebraron sendos contratos de ejecución de obra. El primero de ellos de 13 de septiembre de 1990, para la ejecución de las obras con suministro de materiales denominada «ESTRUCTURA DEL EDIFICIO PLAZA CENTRAL DE FONTIÑAS», que Ferrovia se comprometía a realizar, y otro de 23 de octubre de 1991, en cuya estipulación primera se hacía constar lo siguiente:

«[...] La propiedad encarga a la Constructora la ejecución de las obras con suministro de materiales, denominada EDIFICIO PLAZA CENTRAL, RESTO DE UNIDADES, que ésta se compromete a realizar. La ejecución de los trabajos se llevará a cabo con arreglo al Plan de Obra formulado al efecto por la Constructora, de acuerdo al Proyecto redactado por los Arquitectos don Ignacio y don Rafael, siguiendo las órdenes que para el adecuado cumplimiento de uno y otro le sean dadas por la Dirección Técnica de la Obra».

3. En síntesis, el recurso trae causa de la reclamación que en su día las subcomunidades de los garajes del edificio área central de Santiago de Compostela interpusieron contra el promotor de la obra, la entidad Proincasa, y los agentes que intervinieron en dicha obra, esto es, los arquitectos, Sres. Ignacio y Rafael, la empresa constructora, Ferrovia, S.A., y el aparejador de la obra, el Sr. Ruperto, en ejercicio de la acción de responsabilidad derivada por los defectos de construcción observados (artículo 1591 del Código Civil).

La sentencia de primera instancia absolvió a los arquitectos y condenó a la empresa constructora y al aparejador: a la primera, por no actuar conforme a las exigencias de la *lex artis*; y al segundo, por el incumplimiento de su obligación de vigilancia y control. La empresa promotora también fue condenada por su responsabilidad con los adquirentes de la obra aunque no hubiese participado en la realización de la

obra. Al no haberse podido determinar la contribución causal en los daños con relación a los intervinientes en la obra, declaró la responsabilidad solidaria de todos ellos.

Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por las subcomunidades y la contratista Ferrovia, conformándose con la misma el resto de los agentes interpellados.

La sentencia de la Audiencia confirmó la resolución del juzgado, con expresa indicación de que se aceptaban sus fundamentos jurídicos.

En ejecución de sentencia la constructora constituyó un aval por la cantidad de 452.516 €, a favor de las subcomunidades ejecutantes.

4. La constructora interpuso demanda contra la promotora y el aparejador en ejercicio de la acción de regreso por el pago realizado. En la contestación a la misma, el aparejador se allanó parcialmente, mientras que la promotora interesó su desestimación y formuló demanda reconvenzional solicitando que se declarase su falta de responsabilidad en las deficiencias observadas en el proceso constructivo.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a los codemandados a reintegrar a la demandante conforme a sus cuotas de responsabilidad establecidas en el procedimiento judicial antecedente, por lo que debía pagar a la actora, cada uno, la cantidad de 201.989,38 euros (1/3 del importe total abonado a las subcomunidades por la reparación de los efectos constructivos observados). La sentencia destacó el carácter vinculante de la sentencia anterior en la que se ejercitó la acción contemplada en el artículo 1591 del Código Civil, señalando que no era factible individualizar la cuota de responsabilidad de cada uno de los codemandados al no haberse practicado prueba alguna en dicho procedimiento, por lo que debían determinarse por igual para cada uno de ellos. Además, rechazó la demanda reconvenzional porque no cabía revisar la responsabilidad de la promotora al estar esta cuestión solventada por sentencia firme.

6. Interpuesto recurso de apelación por la promotora demandada reconvenzional, la sentencia de la Audiencia estimó en parte dicho recurso y revocó en parte la sentencia de primera instancia. En este sentido, absolvió a la promotora de la demanda contra la misma deducida, desestimó su demanda reconvenzional y confirmó la sentencia apelada en cuanto a la condena impuesta al aparejador, si bien sin tener que



cubrir una eventual insolvencia de la promotora dado que había sido absuelta. Después de diferenciar la específica responsabilidad solidaria del promotor de la edificación frente a los adquirentes de la obra (fundamento de derecho tercero), de analizar la naturaleza jurídica de las relaciones internas entre los deudores solidarios y declarar la inexistencia de cosa juzgada en el presente caso (fundamento de derecho cuarto y sexto), con relación a la cuestión de fondo del recurso de casación declaró (fundamento de derecho sexto):

« [...] En definitiva, una cosa es que el promotor responda por mor del contrato celebrado con los adquirentes de las viviendas, locales o plazas de garaje del edificio, y otra muy distinta que deba asumir responsabilidades ajenas, y máxime cuando las relaciones internas de los deudores solidarios están formalizadas en los correspondientes contratos celebrados entre la promotora recurrente con los precitados agentes de la construcción.

» La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Santiago, aceptada por la de la sección 6ª de esta Audiencia, establece la responsabilidad solidaria de la promotora, sin achacarle ninguna conducta en la génesis del daño que no sea la solidaridad impropia impuesta por su condición de tal, por lo que su contribución causal material y efectiva en la génesis del daño no consta en la prueba practicada en el presente proceso.

» Por lo tanto, es perfectamente factible la acción de repetición que el promotor pueda entablar frente a los técnicos de la obra, que faltando a la diligencia exigida por la *lex artis*, que rige su saber profesional, hayan incurrido en negligencia en su prestación contractual, como igualmente defenderse frente a la acción de repetición del codeudor solidario que pagó, sosteniendo su ausencia de contribución concausal en la producción del daño resarcible objeto del proceso.



» Por todo ello, el recurso de apelación debe ser estimado, procediendo a la absolución de la promotora demandada, que se limitó a contratar con FERROVIAL AGROMÁN S.A. y aparejador la construcción del edificio litigioso, la cual no tiene que responder, en las relaciones internas con dichos agentes derivadas de los vínculos convencionales concertados con los mismos, de los incumplimientos contractuales de éstos nacidos de la omisión de los cuidados debidos en sus concretos cometidos profesionales».

Por último, con relación a la demanda reconventional consideró que resultaba improcedente, pues no se daba una ampliación del objeto del proceso a través de una pretensión conexas que no estuviera contemplada en la oposición a la demanda y a su solicitud de absolución.

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

8. Con relación a las causas de inadmisibilidad del recurso formulado por la parte recurrente, esta Sala considera que la parte recurrente, en el desarrollo de la infracción denunciada, justifica suficientemente la relevancia de la cuestión jurídica planteada, extremo que permite, al menos inicialmente, entender cumplido el presupuesto del interés casacional como cauce adecuado para el acceso a la casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil . Acción de repetición o de regreso (artículo 1145 del Código Civil) del constructor que pagó la reparación de los daños de la obra conforme a la responsabilidad solidaria declarada por una previa sentencia, sin determinación de las cuotas de responsabilidad de los agentes intervinientes. Exoneración del promotor que no participó en las labores de construcción, ni dio instrucciones de la misma. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 1145 del Código Civil, en relación con el artículo 1138 del mismo cuerpo legal . En síntesis, argumenta que la sentencia recurrida ha infringido el tenor del título obligacional que declaró la solidaridad sobrevenida, por lo que no ha respetado la cuota de responsabilidad que fue declarada a la promotora y que vincula el ejercicio del nuevo derecho de crédito que nace tras el pago realizado por la constructora vía de regreso. Cita en apoyo de su planteamiento la STS de 13 de marzo de 2007 . También expone que la promotora no ha alegado la aplicación

de ninguna circunstancia de la relación contractual subyacente, por lo que dicha cuestión no ha sido objeto del presente pleito.

2. El motivo debe ser desestimado.

La sentencia de la Audiencia interpreta, de un modo correcto y preciso, la doctrina jurisprudencial que resulta aplicable al presente caso. En este sentido, no puede confundirse la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación frente a los adquirentes de la misma, en donde el promotor, por su condición, tiene una específica responsabilidad solidaria que le hace responder, en todo caso, de los daños ocasionados, aunque no hubiera participado en el proceso constructivo, con el funcionamiento del régimen de la solidaridad en las relaciones internas de los agentes que dan lugar a la acción de regreso del deudor que realizó el pago de la reparación de los daños ocasionados. Ambos planos de responsabilidad no son susceptibles de una asimilación automática, sin distinción o diferenciación alguna.

En el presente caso, como señala la sentencia recurrida, esta matización o diferenciación cabe establecerla con arreglo a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el pago que realiza la constructora no comporta una subrogación en los derechos del acreedor cuya deuda ha sido satisfecha, sino un nuevo derecho de repetición o de regreso para reclamar al resto de los codeudores, o agentes intervinientes, la parte que le corresponda con arreglo a su cuota de participación en la producción del daño causado (sentencias núms. 770/2001, de 16 de julio y 979/2008, de 23 de octubre de 2008).

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, el deudor solidario que pagó la reparación de los daños, conforme con la sentencia que declaró su responsabilidad, sin fijar cuotas de responsabilidad entre los agentes intervinientes en el proceso constructivo, tiene el derecho de repetición para que en un ulterior proceso se fijen las respectivas responsabilidades y pueda recuperar lo pagado en exceso por vía de regreso. Sin que este nuevo proceso venga condicionado por la sentencia que fijó, con carácter general, la responsabilidad solidaria. Esto es, que dicha solidaridad ni entraña litisconsorcio pasivo necesario ni restringe las acciones de repetición posteriores en que las partes, con distinta postura procesal, puedan de nuevo plantear litigio en torno a delimitar sus respectivas responsabilidades con relación al artículo 1591 del Código Civil.

Esta es la doctrina jurisprudencial reiterada que declaró esta Sala precisamente en atención a la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código civil, entre otras, en sus sentencias de 9 de junio de 1989 y 6 de octubre de 1992 . Jurisprudencia que no cabe considerar modificada o alterada, tal y como argumenta la recurrente, por la sentencia de esta Sala núm. 277/2007, de 13 de marzo . Como bien puntualiza la sentencia recurrida, constituye una resolución aislada que no modifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala vuelta a reiterar, entre otras, en la sentencia núm. 559/2010, de 21 de septiembre .

Por último, y en tercer lugar, en el presente caso tampoco existe eficacia de cosa juzgada material negativa, porque no concurre la identidad entre la causa petendi y el petitum. En efecto, en el primer proceso se dirimió la responsabilidad de los agentes frente a los perjudicados con base en el artículo 1591 del Código Civil, mientras que en el segundo se dirige la responsabilidad de los agentes en sus reclamaciones internas respecto de la producción del daño ocasionado, con arreglo a los artículos 1145 y 1138 del Código Civil . De forma que es precisamente en este último plano en donde al promotor, según los hechos acreditados en la instancia, no cabe imputarle la responsabilidad de los defectos constructivos observados, pues dicho promotor no participó en las labores de construcción, ni dio instrucciones al respecto, limitando su actuación a las propias de la promoción de la obra y a la contratación de los especialistas requeridos para la misma, que actuaron con arreglo al plan de obra configurado por la constructora y bajo su responsabilidad profesional.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

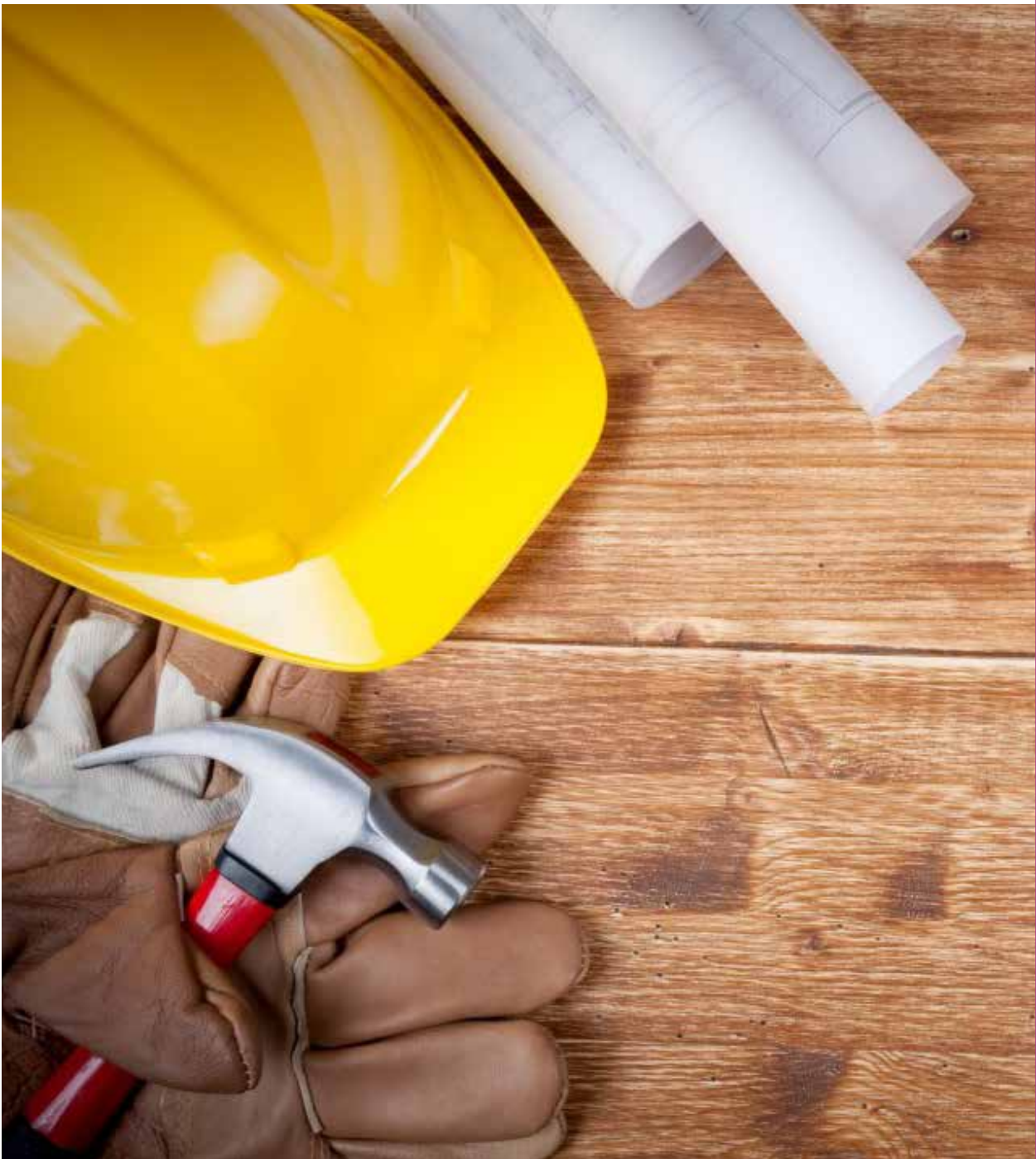
Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la en-

tividad Ferroviaria Agromán, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 23 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 166/2014 . 2. Imponer las costas del recurso a la parte recurrente. 3. Ordenar la pérdida del depósito constituido a tal efecto. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena y Pedro Jose Vela Torres.



Vicios en la Construcción. Naturaleza y efectos de la Acción de repetición entre los agentes de la edificación declarados responsables ante los daños causados.

La figura del promotor como agente que interviene en la edificación se ha configurado legal y jurisprudencialmente como una figura garante en la relación contractual que nace entre aquel y el adquirente de una vivienda. De ahí el hecho de que se establezca la existencia de una responsabilidad solidaria entre el promotor y el resto de agentes que hayan participado en el inmueble que pudiera resultar dañado por vicios de la construcción. Esta responsabilidad solidaria se determina con independencia de cuál haya sido la participación del promotor durante la fase de construcción, es decir, es independiente del hecho de que se haya mantenido al margen de las labores de dirección y ejecución de la obra, y aún en el supuesto de que su posición como tal hubiera quedado así determinada en los contratos suscritos con el resto de agentes.

En este sentido la Ley de Ordenación de la Edificación ha refrendado aún más tal posición del promotor como garante, llegando nuestra Jurisprudencia incluso a determinar que las acciones dirigidas frente al resto de agentes de la edificación afectarán y perjudicarán en cuanto a plazos de garantía y prescripción de igual modo al promotor, pero no al contrario. Es decir, cualquier acción de reclamación que se dirija frente al constructor, arquitecto o aparejador a efectos de paralización del plazo de prescripción afectará también al promotor, y se entenderá dirigida también frente a él a tales efectos, pero no si la acción es dirigida sólo frente al promotor, pues entonces solo le afectará y perjudicará a él en cuanto al cómputo de plazos de prescripción y no al resto de agentes.

Pues bien, esta sentencia distingue dos posiciones distintas del promotor según nos encontremos resolviendo la posible reclamación formulada por el adquirente de una edificación por vicios de construcción o nos encontremos en una fase posterior, donde el objeto del litigio se centra exclusivamente en el plano de las relaciones internas nacidas entre los propios agentes de la construcción y en relación al derecho de repetición que nace del artículo 1145 del Código Civil. Y ello por cuanto la solidaridad impuesta al promotor en el primero de los supuestos frente al adquirente se considera con independencia a cuál haya sido su intervención en la fase constructiva, de ahí que no se admita como hecho que impida su declaración de responsabilidad la prueba sobre su no intervención en dicha construcción. Sin embargo esta solidaridad, pudiéramos decir, incondicionada, desaparece cuando se trata de discutir acerca del reparto interno de responsabilidades entre los distintos agentes de la edificación vía acción de repetición; por cuanto en este supuesto, siempre cuando previamente la Sentencia que resolvió sobre la existencia de los vicios de construcción reclamados por el adquirente no

COMENTARIO

haya realizado un reparto de responsabilidad por cuotas entre aquellos, el objeto del litigio va a radicar precisamente en determinar cuál ha sido el grado de responsabilidad de cada uno de los agentes, dependiendo éste de la contribución causal que pueda determinarse en función de la actuación real que cada uno haya asumido en la fase de construcción y las obligaciones que de ello se derivan. Es éste motivo el que lleva a la Sala a confirmar la Sentencia de Apelación estimando que el promotor puede alegar y probar en este segundo proceso que no intervino en la fase de construcción por haber contratado precisamente tales funciones en la constructora, Arquitecto y Aparejador, y que éste es el argumento por el que debe quedar fuera del reparto de cuotas para hacer frente a la condena establecida por existencia de vicios en la construcción. Se trata, dice la Sala, de resolver en el ejercicio de una acción de repetición ejercitada por uno de los deudores que ha hecho frente al pago de forma solitaria, pero no de una acción de subrogación que lo pudiera situar en la posición del acreedor principal, el adquirente de la vivienda en este caso, y desde la cual si podría exigirse una solidaridad incondicionada del promotor.

Se trata por tanto de un interesante análisis el realizado por esta Sentencia con referencia a otras de la misma Sala y en la que se deja claro que aunque en alguna Sentencia del Tribunal Supremo aislada se pudiera haber mantenido lo contrario, es Jurisprudencia unánime de la Sala el considerar estos dos regímenes de responsabilidad distintos para la figura del promotor en los procesos sobre vicios en la construcción.

Se trata, dice la Sala, de resolver en el ejercicio de una acción de repetición ejercitada por uno de los deudores que ha hecho frente al pago de forma solitaria, pero no de una acción de subrogación que lo pudiera situar en la posición del acreedor principal, el adquirente de la vivienda en este caso, y desde la cual si podría exigirse una solidaridad incondicionada del promotor.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Lesiones causadas por disparo accidental realizado por un menor de diez años de edad. Interrupción de la prescripción de la acción civil a pesar de la indebida incoación de un proceso penal. Interpretación del artículo 1903 del Código civil

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 5 de diciembre de 2016.

Ponente: Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte actora, doña Nuria, como representante legal de su hijo menor, Jon, ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra los padres del menor Fernando, así como contra el abuelo del mentado menor y la Compañía de Seguros Liberty, re-



clamando, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 5000 € para la madre demandante y 96.758 € para el hijo menor al que representa.

2.- La acción ejercitada se funda en las lesiones sufridas por el referido menor, Jon, con ocasión de un accidente con una escopeta de perdigones ocurrido el 24 de abril de 2008.

3.- Ese día el menor Fernando, de 10 años de edad, se encontraba en el patio de la casa de su abuelo donde pasaba sus vacas manejaba alcanzó al menor Jon, que le acompañaba, ocasionándole una lesión en el ojo.

4.- La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, excepcionando la falta de representación del procurador, la prescripción de la acción así como negando que la lesión la causara el disparo del menor Fernando, siendo producto, por el contrario, de un rebote del perdigón en la diana. Finalmente excepcionó la incorrección de la indemnización solicitada.

5.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la indemnización postulada para el menor lesionado y la desestimó

respecto a la indemnización solicitada por la madre para sí.

6.- Motivó su decisión con los siguientes argumentos:

(I) La madre se encuentra legitimada para comparecer en juicio y ejercitar la opción en nombre de su hijo, sin necesidad del concurso del padre del menor, pues el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad corresponde a cualquiera de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 CC) y no se encuentra acreditado ningún hecho del que poder concluir la inexistencia de consentimiento tácito.

(II) El siniestro tuvo lugar el 24 de julio 2008, las lesiones se estabilizaron a los 37 días y la demanda no se interpuso hasta el 10 de junio de 2010.

No obstante, partiendo de que la prescripción ha de aplicarse con criterio restrictivo y que al formular la actora denuncia puso de manifiesto su interés por reclamar por los hechos ocurridos, se desestima la prescripción excepcionada, pues la Fiscalía de Menores de Toledo siguió diligencias preliminares número

2060/2008 en las que recayó decreto, con fecha 14 septiembre 2009, en el que se acordaba el archivo por ser menor de 14 años el autor del disparo a la par que se le informaba a la denunciante que puede ejercer acciones civiles contra el representante legal del menor. Por tanto hasta que recayó tal resolución la actora no tuvo conocimiento de que la reclamación debía hacerla por vía civil.

(III) Se considera, tras valorar la prueba practicada, que la lesión fue causada por un disparo que le hizo el menor Fernando a Jon cuando le apuntó «de broma» y no fruto de un rebote del perdigón mientras disparaban a una diana.

(IV) Acreditado el cómo de la lesión, se declara la responsabilidad de los progenitores del menor Fernando, al amparo del artículo 1903 CC y con cita de doctrina de la Sala, en atención a que el arma que se encontraba al alcance de los menores en casa del abuelo de Fernando era propiedad de los padres de éste y no la guardaron en lugar apropiado para impedir su uso.

Por el contrario ningún reproche se puede hacer a los padres de Jon por falta de diligencia o culpa in vigilando por o a acompañar a su hijo en la visita que hizo a casa de su amigo, pues es una conducta conforme a los usos sociales que en vacaciones de verano en un entorno rural los niños de la edad de Jon, a punto de cumplir 11 años, acudan sin supervisión directa de los padres a casa de un vecino o amigo.

(V) Tras las valoraciones de las pruebas periciales se establece como quantum indemnizatorio la cantidad de 123.180,98 € por secuelas (25 puntos, 10 puntos y otros 25 por perjuicio estético, utilizando la fórmula prevista para el caso de varias secuelas y sumando la puntuación por perjuicio estético); 10.000 € como factor corrector por incapacidad permanente parcial, 451,99 € por estancia hospitalaria y 1574,10 € por días de incapacidad, si bien, en atención al principio de justicia rogada se condena a la cantidad de 96.758, 39 €.

7.- Las partes demandadas interpusieron recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 28 de julio de 2014 por la que absolvía al abuelo del menor autor del disparo, don Patricio, y mantenía la condena de sus progenitores, limitando la condena solidaria de la aseguradora Liberty a 6.010 €.

8.- Motiva su decisión, en lo que resulta relevante para el presente recurso, con los siguientes argumentos:

(I) Se confirma la desestimación de la prescripción por los propios fundamentos de la sentencia de primera instancia.

(II) Se confirma la legitimación de la madre para accionar en nombre del hijo menor por los propios fundamentos de la sentencia de primera instancia, añadiendo que no es incumbencia de los apelantes las supuestas consecuencias económicas perjudiciales que pudiese causar al menor la interposición del litigio.

(III) Se niega el error en la valoración de la prueba de la Juez de la primera instancia sobre el cómo del siniestro y, a partir de tales hechos probados, se confirma la responsabilidad de los progenitores por la doctrina que recoge la sentencia que revisa y, además, por su conducta negligente al permitir el uso de la «escopeta» por su hijo menor. No se atisban concausas culposas por parte de los padres del lesionado.

(IV) Se confirma, por sus propios razonamientos, el quantum indemnizatorio fijado por la sentencia de primera instancia.

9.- La representación procesal de don Fermín y doña Inocencia interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en los apartados 2, número 3^º, y 3 del artículo 477 LEC, que articuló en cuatro motivos:

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1968.2, 1969, 1902 y 1903 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se cita como opuesta a la recurrida la sentencia de Pleno de esta Sala de fecha 14 de enero de 2009.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida en la sentencia de Pleno señalada. Apunta que la sentencia recurrida considera interrumpido el plazo de prescripción por la interposición de una denuncia formulada por la madre del menor que, tramitada incorrectamente por la Guardia Civil, fue incorrectamente remitida a la Fiscalía del Tribunal Tutelar de Menores a pesar de que el menor implicado contaba con

diez años de edad y que conforme al artículo 3 de la Ley de responsabilidad penal de los menores no pueden exigirse responsabilidades ni penales ni civiles al amparo de dicha Ley por lo que el referido Tribunal era manifiestamente incompetente y cualquier actuación ante el mismo no tenía efectos prejudiciales, ni tenía el efecto de impedir en forma alguna el ejercicio de la acción de reclamación de la responsabilidad ante la jurisdicción civil, no existiendo por ello interrupción alguna del plazo de prescripción, estando en consecuencia prescrita la acción ejercitada.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 156 y 162 del Código Civil, alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 26 de octubre de 2012 y 17 de junio de 1995 . La parte recurrente fundamenta el motivo en dos argumentos, en primer lugar que no es posible la representación del menor sólo por la madre, sin que conste el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor para celebrar actos o negocios jurídicos por quien no ostenta su representación, y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la falta de representación del procurador al estar apoderado exclusivamente por la madre.

En el motivo tercero, tras alegar la interpretación errónea de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, concretamente el capítulo especial de perjuicio estético, alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 9 de marzo de 2010 y 20 de julio de 2011 .

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida por cuanto se fija de forma incorrecta el quantum indemnizatorio ya que se suman las puntuaciones atribuidas a los daños fisiológicos con las puntuaciones por perjuicio estético, en vez de proceder separadamente, tal y como impone la normativa infringida, lo que determina la fijación de una indemnización incorrecta en función de las secuelas reclamadas, siendo la cantidad resultante de aplicar debidamente la baremación la cantidad

de 68.867,65 euros en vez de la de 84.732,30 euros incorrectamente concedida. Por último, en el motivo cuarto, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta

Sala de fechas 23 de febrero de 2010 y 8 de marzo de 2006 . Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida en tanto que existió una ruptura del nexo de causalidad como consecuencia de la conducta de los padres del menor lesionado, existiendo también una conducta negligente de este último, que justificaría una compensación de culpas. 10.- La Sala dictó auto o el 11 mayo 2016 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, presentó escrito la parte recurrida oponiéndose a él.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Decisión del primer motivo.

1.- Doctrina de la Sala sobre la prescripción extintiva.

La doctrina de la Sala, recordada recientemente por la sentencia 623/2016, de 20 octubre, viene manteniendo la idea básica, para la exegesis de los artículos 1969 y 1973 CC, que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero 1983, 2 de febrero y 16 de julio 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto



quedaría imprejuzgada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio).

2.- Interrupción de la prescripción en aplicación de los artículos 111 y 114 LECrim., en relación con el artículo 1969 CC . Es jurisprudencia constante de esta Sala la que ha reiterado la sentencia 6/2015, de 13 de enero, citada por la más reciente 185/2016, de 18 marzo, y que se

expresa en los términos siguientes: «Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 5 de julio de 2007, RC n.º 2167/2000; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 6 de mayo de 2008, RC n.º 5474/2000; 19 de octubre de 2009, RC n.º 1129/2005 y 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de sponsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el rocedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de

lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, RC n.º 595/2001; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 1 de octubre de 2009, RC n.º 1176/2005, 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006).

»Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absoluta o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones».

Se mantiene, pues, que desde que la denuncia en vía penal se interpone, la acción penal está ya «pendiente» y el proceso penal «promovido», en el sentido y a los efectos de lo

dispuesto en los artículos 111 y 114 LECrim; con las consecuencias anteriormente expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil. En palabras de la Sentencia 112/2015, de 3 de marzo (Rc. 753/2013): «[L]a denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho.»

La referida doctrina no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia llegue a tener: es aplicable, por ceñirnos al grupo de casos que ahora nos ocupa, aunque la denuncia termine archivada bien entendido que la incoacción o reapertura de una causa penal muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se había consumado y que no puede ser eliminada de ese modo (SSTS de 14 de febrero de 1978, 2 febrero 1984, 20 octubre de 1987, 24 de junio de 1988 y 10 de mayo 1994, así como las sentencias 290/2013, de 25 abril y 578/2013, de 6 de octubre). 3.- Interrupción y jurisdicción de menores.



La sentencia de pleno 1225/2009, de 14 de enero afirma que:

«Este Tribunal, sin decirlo directamente, ha asimilado al proceso penal este tipo de procesos en los que se está tratando de la responsabilidad de menores por hechos que, si fueran imputables, habrían sido considerados delitos o faltas, y ha aplicado el principio de la rejudicialidad penal a los efectos de la interrupción de la prescripción para la reclamación de los daños prevista en el citado artículo 14 del TR de 1948. La sentencia de 29 diciembre 1962 aplicó el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y dijo que " sea cual sea la jurisdicción penal ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus primitivas atribuciones, su actuación impide y excluye la actuación de la civil "; se trataba de una reclamación contra el padre de unos menores que habían ocasionado un daño a un tercero por disparo de una escopeta. La sentencia de 8 mayo 1965, también en una reclamación por un daño ocasionado por unos menores, dijo que el plazo de prescripción comienza a correr "[...]desde el momento en que cese cualquier obstáculo que perturbe su iniciación, como sucede con el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por lo que, de hallarse en trámite algún proceso de esta índole, no comienza hasta la resolución judicial que le ponga término [...] tanto se trate de jurisdicción penal ordinaria, como de cualquiera de las especiales, puesto que el precepto acabado de citar no establece diferenciación alguna al efecto[...]" ; la sentencia de 8 abril 1980, citando las dos sentencias anteriormente referidas, dice que "[...] la actuación del citado Tribunal ha de considerarse como un obstáculo para la iniciación del cómputo del plazo prescriptivo[...]" ; la sentencia de 10 julio 1985 señala que el inicio del plazo de prescripción empezó a correr desde la fecha del acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores; la de 13 septiembre 1985 dice que es "[i]nconcuso que las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores, por lo mismo que entrañan prejudicialidad a los efectos del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, impiden la iniciación del plazo prescriptivo en tanto no se concluyan" (asimismo STS de 29 octubre 1993). »De aquí que en la metodología para afrontar el problema de la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil derivada de un hecho cometido por un menor de edad inimputable y sujeto a la jurisdicción de los Tribunales tutelares de Menores debamos llegar a una primera conclusión: la incoación

del procedimiento en dicha jurisdicción tiene efectos prejudiciales, de modo que, al igual que ocurre con la instrucción de diligencias penales en los procedimientos ordinarios, se interrumpe el plazo de prescripción durante la incoación del procedimiento. Lo que demuestra que esta Sala, en este punto, ha asimilado el procedimiento de menores a los ordinarios.»

4.- Singularidad del supuesto que se enjuicia.

(I) La sentencia recurrida no se opone, al menos de manera frontal, a la doctrina de la sentencia de pleno que se ha citado y transcrito.

Sin embargo surge la interrogante si esa asimilación de los procedimientos de menores al procedimiento penal ordinario, a efectos del artículo 114 LECrim, debe regir también cuando el menor tiene menos de 14 años y no es exigible, por tanto, responsabilidad penal y civil conforme a la LO 5/2000.

(II) Ya hemos recogido que la doctrina sobre la interrupción de la prescripción, que ahora nos ocupa, no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia debería tener, esto es, incluso porque la denuncia llegue a archiversse.

Además esta Sala confirma, con carácter general, que el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal antecedente resulta irrelevante en orden a su eficacia interruptora -o, en su caso, impeditiva del comienzo- de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

(III) El problema surge cuando el fracaso de la denuncia se puede dar como conocido, esto es, cuanto se puede conocer ab initio la inviabilidad de la acción penal por causas más o menos objetivas, sin necesidad de funciones valorativas del tribunal.

(IV) Muy recientemente afirmaba esta Sala (sentencia número 623/2016, de 20 octubre), que:

«Como claramente se desprende de la STC 194/2009, de 28 de septiembre, la cuestión determinante del posible efecto interruptivo de la prescripción no se encuentra en que la reclamación judicial se lleve a cabo ante otra jurisdicción o ante un órgano objetivamente incompetente, cuanto en si esa falta de jurisdicción e incompetencia era patente y manifiesta.

Por tanto es clave examinar si la acción ejercitada era manifiestamente improcedente, y para ello resulta esencial tener en cuenta las circunstancias concretas que rodearon su ejercicio, pues se podrá inferir de ellas si la parte conocía de antemano la notoria incompetencia del órgano, si actuó de modo negligente y con una conducta contraria a la lealtad procesal, o desconociendo las indicaciones que algún órgano judicial le hubiese dado sobre el competente para conocer de su reclamación.»

(V) Si se atiende a las circunstancias concretas que rodearon el ejercicio de la acción y a la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto (SSTS de 11 de diciembre de 2012, 21 de junio de 2013, 2 de diciembre de 2013 y 14 de enero de 2014), el motivo del recurso debe desestimarse.

La demandante, lega en derecho, acude, en lo que es una máxima de experiencia, a denunciar la grave lesión sufrida por su hijo, y lo hace ante la Guardia Civil que levanta el oportuno atestado, sin recibir indicación sobre la inutilidad de la denuncia.

El atestado fue remitido a la Fiscalía de menores que abrió las oportunas diligencias, sin decidir de plano el archivo de las mismas en atención a la edad del menor.

La actora, pues, confió en las instituciones, a la espera de que decidiesen sobre el hecho denunciado. No puede predicarse de ella que obrase de modo negligente o con falta de lealtad procesal. Si ha visto retrasado el ejercicio de la acción no se ha debido ni a su dejadez ni a su ausencia de voluntad en la conservación de la misma sino a la tardía respuesta que recibió sobre su denuncia.

TERCERO.- Decisión del segundo y cuarto motivo.

Ambos han de ser desestimados por hacer supuesto de la cuestión al no haber sido combatidos los hechos que dá como probados la sentencia recurrida.

Se da como probado el consentimiento tácito del padre a la acción ejercitada por la madre que, además, notoriamente la ejercita en interés del menor y sin tener intereses contrapuestos con éste.

Asimismo consta como probada la dinámica del siniestro, sin que en su desarrollo la con-

ducta del menor lesionado fuese concausa de su resultado. Además no existe prueba de que los padres del menor lesionado supiesen que éste iba a hacer prácticas de tiro con carabina en el domicilio en que el menor Fernando pasaba las vacaciones de verano con su abuelo.

CUARTO.- Decisión del tercer motivo.

En este motivo se suscita controversia sobre el cálculo de la indemnización, por discrepar la parte demandadarecurrente al respecto de cómo se han valorado las secuelas fisiológicas y estéticas.

Examinando la respuesta judicial se observa que aunque al fijar la puntuación concreta correspondiente a cada clase de secuela tanto la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho segundo) como la recurrida, que la confirmó, se decantaron por la pericial judicial y no por los cálculos efectuados por la parte demandante, sin embargo si siguieron el criterio de esta parte a la hora de sumar la puntuación por perjuicio estético (25 p según pericial judicial, que lo valoró como "bastante importante") a la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula de Balthazar para las secuelas fisiológicas concurrentes ($25+10=33$ p según fórmula, $[(100-M) \times m] / 100 + M$), lo que daba una puntuación total de 58 p, que multiplicada por el valor del punto correspondiente al año en que se produjo el alta o estabilización de las lesiones (2008) y a la edad de la víctima (menos de 20 años), arrojaba un importe de 123.180,98 euros (que luego se redujo por aplicación del principio dispositivo al ser mayor que la cantidad reclamada).

La parte condenada recurrente entiende que dicho cálculo no ha respetado el régimen aplicable al siniestro, que por haber ocurrido en 2008 era el surgido con la reforma introducida por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, según el cual, es obligado puntuar y valorar eparadamente ambas clases de secuelas, aunque luego se sumen las cuantías, y, con arreglo a este criterio, termina solicitando que por el concepto de secuelas fisiológicas y estéticas la indemnización se reduzca hasta la suma de 68.867,65 euros.

El motivo debe ser desestimado por las razones siguientes:

1.ª) Según la jurisprudencia, es posible revisar en casación, como cuestión sustanti-

va, la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse la indemnización en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta (sentencias por ejemplo de 4 de febrero de 2013, Rc. 577/2010, 12 de julio de 2013 Rc. 3642011, 15 de julio de 2013, Rc. 761/2011 y 29 de noviembre de 2013, Rc. 2325/2011). Pero dicha revisión ha de partir de la puntuación por secuelas fijada en la instancia pues constituye también doctrina consolidada que no es posible cuestionar en casación la concreta puntuación concedida en la instancia a cada secuela concurrente por ser cuestión de hecho (por todas, sentencia 10 de marzo de 2016, Rc. 882/2014, con cita de las 774/2011, de 10 de octubre y 297/2012, de 30 de abril), lo que no respeta la parte recurrente al tomar como punto de partida la puntuación por secuelas tanto estéticas como fisiológicas contenida en la demanda.

2.ª) Partiendo siempre de que desde las SSTs de Pleno de 17 de abril de 2007 el régimen aplicable para la determinación del daño es el vigente al momento del siniestro, lleva razón la parte recurrente en que tras la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 34/2003 de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa de la legislación de seguros privados lo procedente era puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas respecto de las fisiológicas (por ejemplo, sentencias de 20 de julio de 2011, Rc. n.º 818/2008, 10 de octubre de 2011, Rc. n.º 1331/2008, 23 de noviembre de 2011, Rc. n.º 1631/2008; 30 de marzo de 2012, Rc. n.º 1050/2009, 30 de abril de 2012, Rc. n.º 652/2008, 13 de septiembre de 2012, Rc. 2019/2009, 18 de febrero de 2015, Rc. n.º 194/2013 y 10 de marzo de 2016, Rc. 882/2014). Es decir, mientras en el sistema anterior a la reforma procedía computar de modo conjunto los puntos por daño fisiológico -según fórmula de Balthazar para las secuelas concurrentes- y estético, a los efectos de su posterior valoración económica (a la puntuación total se le aplicaba el valor del punto), en el sistema posterior cada clase de secuelas no solo se puntuaba por separado sino que se valora económicamente por separado, aunque luego se sumen ambas cantidades, siendo esta también la solución por la que ha apostado la nueva Ley en su art. 04.6. «La indemnización básica por secuelas, en su doble dimensión psicofísica, orgánica y sensorial, por un lado, y estética, por otro, está constituida por el importe que resulta

de sumar las cantidades de los dos apartados anteriores»

Por tanto, aplicando correctamente dichas reglas, acierta la parte recurrente en que se ha de valorar económicamente en primer lugar la puntuación total por perjuicios fisiológicos resultantes de aplicar la fórmula de Balthazar (33 p), lo que según la actualización vigente para el año 2008 da una cantidad de 50.187,39 euros (a razón de 1.520,83 euros/punto, para víctima menor de 20 años). Y a continuación se ha de valorar la puntuación por secuelas estéticas, 25 puntos, a razón de 1.381,99 euros/punto, lo que da una cantidad de 34.549,75 euros. Sumadas finalmente ambas cantidades, la indemnización básica total por secuelas de tipo fisiológico y estético sería de 84.737,14 euros. 3.ª) No obstante, la consecuencia práctica de la aplicación correcta de la regla que ha resultado infringida es que el motivo carece de efecto útil (sentencias 374/2016, de 3 de junio, 134/2016, de 4 de marzo, y 652/2015, de 20 de noviembre, entre las más recientes) y por ende, que debe ser desestimado, por equivalencia de resultados, ya que «no puede producir efecto casacional un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido», y, ligado con lo anterior, por la prohibición de la reformatio in pelus, que impide alterar el fallo recurrido en perjuicio del recurrente. Todo ello porque en este caso, sumando la referida cantidad resultante por perjuicio fisiológico y estético (84.737,14 euros) a las cantidades concedidas en la sentencia recurrida por los demás conceptos indemnizatorios que no han resultado cuestionados en casación (10.000 por factor corrector de incapacidad permanente parcial, 451,99 euros por estancia hospitalaria y 1.574,10 euros por días de baja) resulta una cantidad total (96.763,23 euros), algo superior a la cantidad por la que fue condenada la parte recurrente (96.758,39 euros).

QUINTO.- Conforme a los artículos 394.1 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente en las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para re currir.

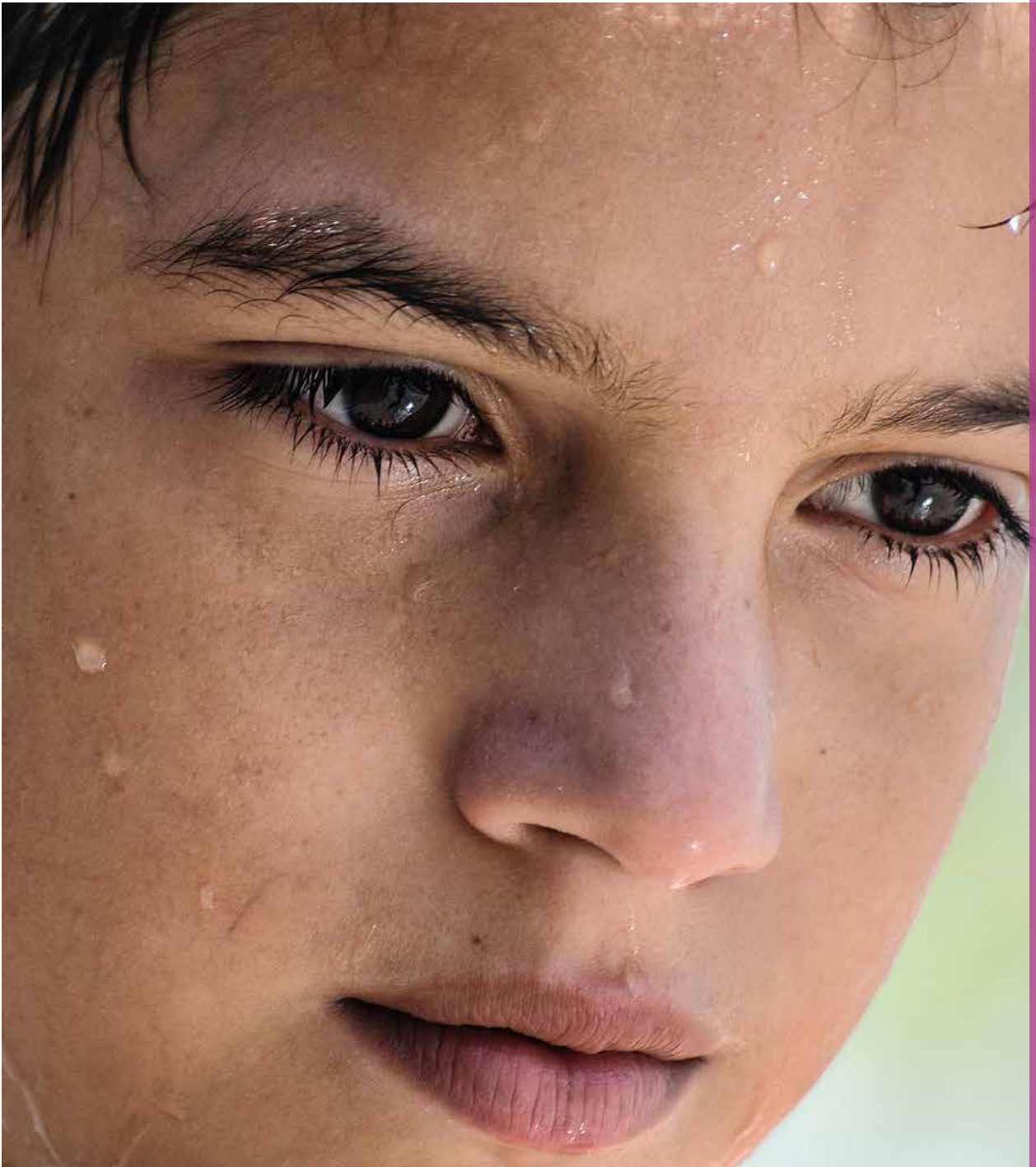
FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Mariluz Simarro Valverde, en nombre y representación de don Fermín y doña Inocencia,

contra la sentencia dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de julio de 2014, recaída en el recurso de apelación 951/2012, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario 1266/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuenlabrada. 2.º Confirmar la sentencia recurrida,

declarando su firmeza. 3.º Imponer las costas del recurso a la parte recurrente, o pérdida del depósito constituido para recurrir. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



COMENTARIO

Por **María del Carmen García Garnica**
Catedrática de Derecho Civil,
Universidad de Granada

La cuestión debatida tiene su origen en las lesiones accidentalmente causadas el 24 de julio de 2008 por un menor a otro, ambos de 10 años de edad, al disparar una escopeta de perdigones, propiedad de los padres del causante del daño, mientras se encontraban en casa de su abuelo, y sin que estuvieran presentes los padres de ninguno de los menores. Los daños sufridos por el menor lesionado se concretaron en herida en cara y ojo izquierdo, con posterior pérdida de visión del ojo afectado.

Ante estos hechos la madre del menor lesionado interpuso, con fecha de 10 de junio de 2010, demanda de reclamación de daños y perjuicios tanto en nombre y representación de su hijo, como en su propio nombre, frente a los padres del menor que realizó el disparo, frente al abuelo en cuya vivienda ocurrieron los hechos y frente a Liberty Seguros, compañía de seguros y reaseguros, SA.

La demanda interpuesta por la madre en nombre y representación de su hijo fue estimada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuenlabrada, de fecha

Lesiones causadas por disparo accidental realizado por un menor de diez años de edad. Interrupción de la prescripción de la acción civil a pesar de la indebida incoación de un proceso penal. Interpretación del artículo 1903 del Código civil Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 5 de diciembre de 2016

10 de octubre de 2011, cuyo fallo condenó solidariamente a todos los demandados a indemnizar al menor mediante el abono de 96.758,39 €, más los intereses legales y moratorios correspondientes en el caso de los padres del menor que causó las lesiones y de su abuelo, y más el interés previsto en el art. 20 LCS en el caso de la entidad aseguradora. El Juzgado desestimó, sin embargo y con imposición de costas, la demanda interpuesta por la madre del menor en su propio nombre.

Frente a esta sentencia, interpusieron recurso de apelación, de un lado, la aseguradora y, de otro, los padres y el abuelo del menor que causó los daños. Recursos que fueron resueltos, y estimados en parte, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, de 28 de julio de 2014. Por lo que se refiere al recurso de apelación interpuesto por la aseguradora, la Sala estimó la pretensión de que su condena solidaria se ajustara a la cantidad cubierta por el seguro, que se concretaba en 6.010 €; pero mantuvo la imposición de los intereses del art. 20 LCS, no sólo porque esta pretensión no se había hecho valer en primera instancia, no siendo admisible su introducción ex novo en apelación, sino también por estimar que no se había hecho alegación alguna que permitiera estimar la concurrencia de las razones legales que permiten excepcionar la mora de la aseguradora. Por lo que se refiere al recurso interpuesto por los padres y el abuelo del menor, la Sala desestimó todos los motivos de apelación invocados, a excepción del relativo a la exoneración del abuelo.

COMENTARIO

La sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación por los padres del menor que causó los daños, confirmando el Tribunal Supremo la sentencia recurrida.

2.- Quid de la interrupción de la prescripción extintiva por indebida incoación de diligencias penales. Interpuesta la acción civil de reclamación de daños y perjuicios por la madre del menor lesionado trascurridos casi dos años desde el hecho dañoso, una de las principales cuestiones controvertidas en el supuesto de autos fue la eficacia interruptiva de la prescripción de la acción civil del previo proceso penal indebidamente incoado, dada la manifiesta inimputabilidad penal del menor que causó los daños, de tan sólo 10 años de edad.

El Tribunal Supremo parte de la premisa, conforme a su reiterada doctrina, de que la prescripción no encuentra su razón de ser en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica; mostrándose contrario a una interpretación de la prescripción extintiva que, por su excesivo rigorismo o formalismo, se convierta en un obstáculo injustificado para resolver sobre el fondo de la pretensión planteada, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal Supremo parte de la premisa, conforme a su reiterada doctrina, de que la prescripción no encuentra su razón de ser en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica; mostrándose contrario a una interpretación de la prescripción extintiva que, por su excesivo rigorismo o formalismo, se convierta en un obstáculo injustificado para resolver sobre el fondo de la pretensión planteada, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, señala el Alto Tribunal que es jurisprudencia constante la de que la tramitación de un proceso penal retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil relativa a los mismos hechos, al amparo de lo dispuesto en el art. 1969 Cc, con independencia de cuál sea el resultado que en su día tenga la acción penal ejercitada (v. gr., SSTs 290/2013 y 578/2013). No obstante, señala que cabe excepcionar la eficacia interruptiva de la prescripción de la acción civil que despliega la acción penal previamente ejercitada cuando su fracaso sea manifiestamente previsible ab initio por causas más o menos objetivas (vid. la STS 623/2016, con apoyo en lo dispuesto en la STC 194/2009). De modo que, para resolver la controversia suscitada en el caso concreto, lo determinante es analizar, a la luz del principio general de buena fe, si las circunstancias concretas que rodearon del ejercicio de la acción penal permitían inferir, o no, que la parte actora conocía de antemano la notoria incompetencia de la jurisdicción penal, actuando de modo negligente, con una conducta contraria a la lealtad procesal o desconociendo las indicaciones que algún órgano judicial le hubiere dado sobre el competente para conocer su reclamación.

A este respecto, en el caso enjuiciado se estima probado que la actora no tuvo conocimiento de que la reclamación debía hacerla por vía civil. La madre del menor lesionado, lega en derecho, y conforme a una máxima de experiencia, acudió a de-

nunciar la grave lesión sufrida por su hijo ante la Guarda Civil, que levantó el oportuno atestado, sin recibir indicación alguna sobre la inutilidad de la denuncia. De hecho, el atestado fue remitido a la Fiscalía de menores, que abrió las oportunas diligencias a pesar de la edad del menor. Todo lo cual lleva a concluir que la actora confió en las instituciones, sin que pueda apreciarse que actuara de forma negligente o con falta de lealtad procesal, ni su dejadez o ausencia de voluntad en la conservación de la acción civil (FJ 2º de la STS de 5 de diciembre de 2016).

Aunque no es revisada en casación, el caso enjuiciado plantea una cuestión de interés en relación a la eventual imputabilidad de responsabilidad por hecho ajeno al abuelo del causante del daño que estaba en compañía de los menores en el momento de ocurrir el hecho dañoso.

3.- Quid de la responsabilidad civil del abuelo que acompañaba a los menores en el momento de ocurrir el hecho dañoso

Aunque no es revisada en casación, el caso enjuiciado plantea una cuestión de interés en relación a la eventual imputabilidad de responsabilidad por hecho ajeno al abuelo del causante del daño que estaba en compañía de los menores en el momento de ocurrir el hecho dañoso.

La Audiencia Provincial de Madrid, con cita de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, afirma que la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su potestad tiene naturaleza legal y carácter cuasi objetivo, sin que sirva de excusa el no estar en compañía del menor en el momento de ocurrir el hecho dañoso, excluyendo en consecuencia la responsabilidad del abuelo que se encontraba al cuidado del menor en el momento de ocurrir el hecho dañoso. Y a mayor abundamiento añade que, según autorizada doctrina, la posible negligencia culpable del abuelo tendría mejor encaje, como guardador de hecho, en el art. 1902 Cc, acción que no se ha ejercitado, y no en la responsabilidad prácticamente objetiva del artículo 1903 del Código civil, en la que aquél no está expresamente incluido (FJ 3º, SAP de Madrid de 28 de julio de 2014).

Frente a lo dispuesto en la sentencia de apelación, el carácter taxativo o no del elenco de personas eventualmente responsables por hecho ajeno recogido en el artículo 1903 del Código Civil dista de ser una cuestión pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, existiendo pareceres y pronunciamientos partidarios de extender por analogía su aplicación a otros supuestos donde queda apreciar una relación de dependencia o jerarquía del tercero con respecto al causante del daño similar a la de los supuestos expresamente recogidos en ese precepto. Buena prueba de que ello, la encontramos en la discordancia existente entre el elenco de responsables por hecho ajeno recogido en el art. 1903 Cc y el recogido en el art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que junto a los padres y tutores, establece expresamente la responsabilidad de acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. De modo que hubiera sido deseable que esta cuestión se hubiera sometido a revisión en casación, para conocer el parecer actualizado del Tribunal Supremo.

COMENTARIO

4.- Quid de la concurrencia de culpas de los padres del menor lesionado

Al hilo de lo anterior, precisamente en consideración a la consolidada doctrina jurisprudencial conforme a la cual no es causa de exoneración para los padres del agente del daño no estar en su compañía en el momento de producirse el daño, aún cuando sea por circunstancias laborales, familiares o sociales (vid. el FJ 3º de la SAP de Madrid de 28 de julio de 2014, con cita de las SSTs de 14 de marzo de 1978, 24 de marzo de 1979, 22 de enero de 1991 y 29 de diciembre de 1992), los padres del causante del daño pretendieron, a su vez, en su contestación a la demanda y en apelación, que se apreciara el concurso de la culpa in vigilando de los padres del menor lesionado, por no haberle acompañado y por la participación del propio menor en la actividad causante del daño, con la consiguiente moderación de su propia responsabilidad.

Esta pretensión fue desestimada en ambas instancias, sin que se sometiera a revisión en casación, al considerar probado que el menor lesionado no contribuyó causalmente a la producción del daño, causado por un disparo realizado por el otro menor tras apuntarle “de broma, y que no existió concausa culposa alguna por parte de los padres del lesionado, pese a no haberle acompañado. A efectos prácticos, ello se traduce en una excepción a la rigorista interpretación de la culpa in vigilando que mantiene la jurisprudencia con carácter general, con respecto a los padres del menor lesionado, en una clara y destacable interpretación pro damnato, coherente con el principio general del interés superior del menor, que recuerda el criterio legal adoptado por la redacción dada al artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, por la Ley 35/2015.

5.- Quid de la valoración del daño

La última cuestión controvertida en este supuesto radica en el cálculo de la indemnización llevado a cabo en ambas instancias, a juicio de los padres del causante del daño, con errónea interpretación de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, concretamente en relación al capítulo especial de perjuicio estético.

En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo concluyó que los recurrentes tenían razón en sus alegaciones, pese a lo cual procedía desestimar el motivo por carecer de efecto útil, dado que la cuantía resultante de la aplicación correcta de la regla infringida arrojaba una cuantía algo superior a la cantidad por la que fue condenada la parte recurrente, no siendo admisible alterar el fallo recurrido en perjuicio del recurrente.

Pero, al hilo de esta cuestión no puede dejarse de advertir otra que concurre en este supuesto: los juzgadores de ambas instancias se vieron constreñidos, en virtud del principio de justicia rogada que rige en la jurisdicción civil, por la concreta cuantía indemnizatoria solicitada en la demanda, menor que la resultante al aplicar las reglas correspondientes a su cálculo. Ello impone tener muy presente, en sede de responsabilidad civil, que un error en la demanda a la hora de aplicar las reglas que rigen la valoración de los daños y perjuicios, en los supuestos en que ésta no sea una cuestión puramente fáctica, o la omisión de concretas partidas indemnizatorias, puede lesionar los legítimos derechos e intereses del perjudicado, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

En un seguro de accidentes que cubra la incapacidad permanente del asegurado, el devengo de los intereses moratorios especiales del asegurador tiene lugar desde el día del accidente que origina las lesiones determinantes de la incapacidad amparada, y no desde el día en que ésta se reconoce o declara

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 21 de diciembre de 2016.

Ponente: Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia que ahora se recurre en casación condena a Axa Aurora Ibérica, S.A. (Axa Seguros Generales S.A), recurrente, a indemnizar al demandante en la cantidad de 272.767,25 euros con los intereses al 20% desde el día 21 de mayo de 2.008 hasta su pago, con base en un seguro de accidentes del que el demandante era tomador y beneficiario. La fecha del devengo de estos intereses coincide con la del accidente sufrido al colisionar el vehículo que conducía contra un muro.

El recurso de casación se formula por interés casacional y se fundamenta, en un primer



motivo, en la infracción, oposición y falta de aplicación de la doctrina de esta Sala que interpreta el artículo 1, la regla 3ª del artículo 20 y el artículo 100, ambos de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, en el sentido de que en supuestos de seguro de accidentes y para la garantía de invalidez, el riesgo asegurado, cuya concurrencia es imprescindible para que surja la obligación de indemnizar, lo constituye la producción de la invalidez, y en supuestos de reclamaciones del asegurado a su aseguradora con base en un seguro de esta clase, y la cobertura de invalidez o incapacidad permanente, debe considerarse como fecha del siniestro la fecha de la declaración o del reconocimiento de la invalidez o de la incapacidad permanente, por ser esta la que constituye el riesgo asegurado y que, por tanto, en estos supuestos, la fecha inicial del devengo de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, será la fecha de la resolución por la que se reconoce al asegurado la incapacidad permanente, independientemente de las lesiones que derivaron en dicha incapacidad o invalidez.

Se citan las sentencias 486/2012, de 17 de julio, y 589/2011, de 20 de julio, a las que se opone la sentencia recurrida que considera que «no existió una propuesta motivada que

le exima de pagar los intereses del artículo 20 de la LCS a la aseguradora ni concurre causa justificada para no haber pagado al asegurado o consignado, al menos, la cantidad mínima que pudiera deberle».

SEGUNDO.- La doctrina de la Sala que se expresa en las sentencias citadas en el motivo es la siguiente: «La jurisprudencia (SSTS de 14 de junio de 1999 (RC núm. 3545/1994) y 23 de diciembre de 1999 (RC núm. 1365/1995) ha distinguido entre hecho generador y riesgo asegurado. Esta distinción, puesta en conexión con el seguro de accidentes con cobertura de invalidez en sus diferentes grados, ha llevado a la doctrina a concluir que, si bien las obligaciones del seguro, en esencia, la de indemnizar el daño producido al asegurado, dentro de los límites pactados (artículo 1 LCS), son exigibles a la aseguradora cuyo contrato estaba vigente cuando se produjo el evento que dio lugar, más tarde, a la invalidez, sin embargo el riesgo asegurado, cuya concurrencia es imprescindible para que surja la obligación de indemnizar (artículo 1 LCS), lo constituye dicha incapacidad resultante del accidente, entendido desde el punto de vista fenomenológico, como hecho generador del citado riesgo -invalidez- objeto de cobertura. Así se explica que las obligaciones de la aseguradora no nazcan del hecho generador, de

la causa violenta, súbita, externa, que origina la lesión corporal determinante de la incapacidad, sino que surgen de la invalidez misma (SSTS de 17 de mayo de 1985, 22 de septiembre de 1987), que constituye el riesgo asegurado (STS 19 de enero de 1984), siendo la fecha de la declaración de incapacidad la determinante de los efectos temporales y económicos de cobertura del seguro concertado, y de la aplicabilidad de las condiciones pactadas (STS 13 de junio de 1989). »Cuando la controversia se suscita en torno a la mora del asegurador, en particular, con relación al devengo de los intereses previstos legalmente, la anterior doctrina debe ponerse en relación con la afirmada por esta Sala en relación con el artículo 20 LCS, precepto del que se ha dicho que es aplicable a toda clase de seguros, y que la indemnización por mora a que se refiere el párrafo 4.º del mismo implica la existencia de un retraso culpable, que no obedezca a

causa justificada o que no le pueda ser imputada al asegurador. Puesto que no ha lugar a apreciar ese retraso sino a partir del momento en que tiene lugar el siniestro, como indica el artículo 20.3 LCS, por ser el hecho que fija el término inicial del devengo, el que en el seguro de accidentes el siniestro no venga dado por el accidente, en cuanto hecho generador o causa del daño corporal, sino por el accidente en el sentido estricto que se deriva del tenor literal del artículo

100 LCS, esto es, como lesión corporal resultante de dicha causa, comprensiva de la muerte y de la invalidez, que son los riesgos objeto de cobertura, supone que solo a partir de la declaración de la invalidez y su conocimiento por el asegurador comienza para este la mora y el recargo de intereses, si su retraso en el abono de la correspondiente indemnización no responde a una justa causa o a una causa que le pueda ser imputable. Así se desprende de la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STS de 8 de noviembre de 2007 (RC núm. 5507/2000), que examina si el devengo debía comenzar con el informe de emitido por la compañía tras concluir el procedimiento del artículo 38 LCS o antes, con la comunicación de la invalidez a la aseguradora (por tanto, en ningún caso a partir del accidente laboral que fue el hecho generador de la invalidez), y en la contenida en la STS de 7 de febrero de 2007 (RC núm. 1435/2000), en



la que se declara que el riesgo asegurado en el seguro de accidentes es la invalidez (junto con la muerte por accidente) y, que, consiguientemente, "el siniestro, que consiste en la realización de dicho riesgo, no radica directamente en la producción, en abstracto, del accidente al que se halla conectada causalmente la invalidez sufrida, sino en la producción de esta invalidez, siempre que sea consecuencia, inmediata o remota en el tiempo, del accidente". También reitera esta sentencia lo antes dicho sobre que no cabe confundir el siniestro como hecho generador de la invalidez con el momento de producción de ésta, en cuanto riesgo asegurado, y concluye que, «en suma, la fecha de origen de la invalidez, como fecha del siniestro a partir de la cual debe determinarse la mora, depende del estudio de las circunstancias del caso». Estos argumentos, señala la sentencia 486/2012, de 17 de julio, «llevaron recientemente a esta

Sala (STS de 20 ngo en la fecha en que se concretó la invalidez por la que se reclamaba, tras distinguir entre la acción directa, de naturaleza extracontractual, formulada por el perjudicado contra los presuntos responsables civiles del accidente de circulación, incluyendo la aseguradora del vehículo causante, y la acción fundada en su propio seguro de accidentes, de naturaleza contractual, que ejercitó contra su propia aseguradora, en reclamación de la indemnización

prevista para el caso de ocurrir el evento cuyo riesgo -la invalidez en grados absoluta, parcial y profesional- era objeto de cobertura».

La tesis de estas sentencias es que si el riesgo asegurado en la póliza de accidentes es la incapacidad o invalidez, el siniestro tiene lugar cuando dicha situación se declara, de modo que, conforme al artículo 20.6 de la LCS («será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro») no hay posibilidad de mora hasta después de la declaración de incapacidad. Ahora bien, se trata de una jurisprudencia que no es uniforme a la hora de concretar la fecha del siniestro. En sentido contrario existe otra que no atiende al grado de invalidez, sino al momento en que se produce el accidente, lo que incide de forma distinta en la obligación que impone a la aseguradora el artículo 18 LCS y en las consecuencias derivadas de su in-

cumplimiento, previstas en el artículo 20 de la misma Ley. Son estas las siguientes:

a) La sentencia 789/1998, de 29 de julio, según la cual «el incremento de la indemnización en un 20% anual será aplicable desde la fecha del siniestro, habida cuenta de lo consignado en la Condición General VI de la póliza a partir del acaecimiento de éste, sin que quepa contraponer que entonces no se había producido resolución del Director del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre la invalidez, porque, de una parte, las averiguaciones, investigaciones y peritaciones de la compañía aseguradora debieron seguir otra vía (artículo 18 de la Ley del Contrato de Seguro), y de otra, el reconocimiento por la Dirección recién mentada de una determinada situación no significa que ésta no existiera desde la fecha del siniestro».

b) La sentencia 383/2013, de 24 de mayo, que en un seguro de accidentes aplica el interés del artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro.

c) La sentencia 1168/1999, de 23 de diciembre, citando la 537/1999, de 14 de junio, que es citada a su vez en la 288/2088, de 22 de abril, según la cual el evento que constituyó el riesgo objeto de cobertura (caída), provocó la incapacidad o baja laboral del asegurado que, sin solución de continuidad, terminó con la declaración de incapacidad total permanente del asegurado, declaración, no constitución, de la incapacidad.

d) La sentencia 632/1993, de 17 de junio: la «existencia de la incapacidad» no concurre únicamente desde y es consecuencia inherente al mismo y a su causación; de modo que el acaecimiento real del evento no puede confundirse con la declaración formal de sus consecuencias.

e) La sentencia 39/1995, de 6 de febrero: La Ley de Contrato de Seguro establece una delimitación legal del siniestro de accidente al definirlo en su art. 100, párrafo primero, al considerar como tal «la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca la invalidez temporal o permanente o muerte»; de ahí que el evento dañoso se refiera a un proceso integrado por diversas fases que, en tanto en cuanto no se completa su realización, no se da el siniestro y así, para que la lesión pueda ser calificada como accidente, a efectos de su aseguramiento, ha de producir ya la invalidez, temporal o permanente, o la muerte del sujeto. Es decir, que no podrá hablarse de siniestro

causante de indemnización si no se produce la invalidez o muerte, pero ello no implica que el momento que haya de tenerse en cuenta para determinar si el siniestro está excluido del deber de indemnizar por no haber precedido en treinta días a la fecha de la póliza, sea el de la muerte del asegurado, sino que ha de tenerse como tal aquél en que se produjo la causa determinante de la lesión corporal y en que dio comienzo el evento dañoso; dado el tiempo que normalmente transcurre entre el momento en que se produce la lesión y aquél en que puede entenderse consolidada la invalidez, temporal o definitiva, o se produce el resultado de muerte, otra interpretación conduciría a la inoperancia del plazo de carencia, salvo en aquellos supuestos en que la muerte se produjese inmediatamente al accidente.

Esta última solución es la misma que ha adoptado la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 1 de febrero 2000, que reitera la más reciente de 18 de febrero 2016, según la cual el riesgo asegurado es el accidente -la lesión corporal- que se manifiesta en unas secuelas de invalidez temporal o permanente y muerte. Estas secuelas ya no son el riesgo, sino los efectos de su actualización, como se advierte en el artículo 104 de la citada Ley. Por ello, lo decisivo es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura este riesgo esté vigente. Si es así, se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la presentación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no esté vigente. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro. Así lo afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado, y el daño derivado del mismo: «la declaración de la invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste» (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1993; en el mismo sentido sentencia de 6 de febrero de 1995).

En aras de unificar los criterios existentes, se confirma el segundo y no el primero de los criterios, con el efecto de desestimar el motivo si bien por razones distintas de las que expresa la



sentencia recurrida. En efecto, el primer criterio conduce a los indeseables resultados siguientes:

1º. Se aplicaría un régimen distinto en materia de intereses de demora en el seguro de accidentes y en el de responsabilidad civil. Ante un mismo hecho en el que la aseguradora se mantiene pasiva, las consecuencias serían muy diferentes: si el perjudicado se dirige contra la aseguradora del civilmente responsable del accidente, tendrá derecho al interés de demora desde la fecha del accidente, mientras que si tiene una póliza de accidentes y acciona contra su aseguradora solo tendrá derecho a este interés desde la declaración de incapacidad.

2º. Cuanto más grave sea el resultado del accidente, más tardará en declararse la incapacidad y más se diferirá en el tiempo el inicio del devengo de intereses.

3º. Hay una evidente contradicción entre el rigor aplicado en la jurisprudencia de esta Sala a los casos de exoneración del artículo 20.8 LCS y la aplicación de intereses en el seguro de accidentes.

4º. La interpretación que mantiene el primer grupo de sentencias citadas en el recurso favorece a la aseguradora pasiva que, frente a una comunicación del siniestro, no hace nada hasta que se le remite la declaración de incapacidad, lo que es difícilmente compatible con el cumplimiento del fin que se asigna a la obligación de la aseguradora de hacer una oferta motivada y con la propia finalidad del interés de demora del artículo 20 LCS y las demás exigencias de la Ley, como la expresada en el artículo 16.

El artículo 16 establece el deber de los tomadores o asegurados de comunicar a la entidad aseguradora el acaecimiento del siniestro además de proporcionarle toda clase de informaciones relativas a las circunstancias del mismo, entre otras cosas para poner en funcionamiento los mecanismos indemnizatorios al asegurado derivados del siniestro que se inician con las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer su existencia y que concluyen con el abono, en su caso, del importe de los daños que resulten del mismo, y, «en cualquier supuesto», dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración de siniestro, del importe



mínimo que el asegurador pueda deber según las circunstancias conocidas, conforme dispone el artículo 18, con el recargo, caso de incumplimiento de sus deberes por la aseguradora, de los intereses del artículo 20, artículo que debe ser entendido en función de los que le preceden y, en especial, del 18, puesto que es aplicable como los anteriores a toda clase de seguros, entre ellos el de accidentes, en el que se presta cobertura al riesgo de invalidez y en el que la fecha del accidente sirve para fijar el régimen legal aplicable a todos los efectos, incluidos los intereses.

Las sentencias que aplican el criterio contrario no explican las razones de esta diferencia, más allá de una referencia genérica al diferente origen -contractual o extracontractual- de una y otra responsabilidad. Tampoco se justifica la solución aplicada en el artículo 104, según el cual «La determinación del grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación del certificado médico de incapacidad. El asegurador notificará por escrito al asegurado la cuantía de la indemnización que le corresponde, de acuerdo con el grado de in-

validez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza. Si el asegurado no aceptase la proposición del asegurador en lo referente al grado de invalidez, las partes se someterán a la decisión de Peritos Médicos, conforme al artículo 38».

Podría sostenerse que la importancia de este artículo radica en que se refiere a una modalidad muy concreta del seguro de accidentes: aquel en el que la póliza contempla como riesgo asegurado exclusivamente la invalidez en diferentes grados definidos en la póliza mediante baremos que se aplican a la cantidad máxima cubierta por dicha garantía, puesto que en esta modalidad, esto es, en el seguro de accidentes con cobertura exclusiva de invalidez en sus diferentes grados, que configura un concreto seguro de capital para el riesgo de invalidez, podría tener todo su sentido el criterio contrario.

Pero lo cierto es que el seguro de accidentes no se identifica necesariamente con esta modalidad, especialmente en casos como el que aquí se enjuicia, en los que la póliza contempla como riesgo asegurado no solo la invalidez en térmi-

nos similares a los del artículo 104, sino otro tipo de prestaciones de devengo «inmediato», como el abono de los gastos de asistencia médica o sanitaria o la incapacidad temporal, mediante el pago de una suma diaria, en los que ningún sentido tiene establecer distintas fecha de devengo de intereses y menos aún diferir la mora de estas otras prestaciones a la declaración de incapacidad que proceda o al alta médica.

En cualquier caso, no es posible establecer un régimen jurídico distinto en una o en otra modalidad de este seguro. Responden a la misma idea y las obligaciones para aseguradora y asegurado son en principio las mismas. El artículo 1 LCS obliga al asegurador, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, y al asegurado a comunicar a la aseguradora el accidente y esta comunicación es la comunicación del siniestro a que se refiere el artículo 16 LCS («acaecimiento del siniestro»), que es la que sirve a su vez a la aseguradora para establecer «la existencia del siniestro», según el artículo 18, y, en su caso, para indemnizar o pagar al asegurado («en cualquier supuesto») al menos el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas, dentro de los cuarenta días; siendo así que en el cumplimiento o incumplimiento de estos deberes será donde podrá enjuiciarse la buena o la mala fe de la aseguradora, en los términos del nº 8 del artículo 20 LCS, si después de las averiguaciones que realiza no satisface la indemnización o paga el importe mínimo, salvo que la decisión de no efectuar el pago o el anticipo previsto esté fundada «en una causa justificada o que no le fuere imputable» derivada de una ramitación diligente del siniestro. El artículo 100 LCS determina lo que se entiende por accidente («la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte»), que el asegurado comunica a su aseguradora y que se identifica con la fecha en que este ha tenido lugar, mientras que el artículo 104 no es más que una norma de liquidación de un siniestro que ya se ha producido (y que en el caso no ha sido rechazado), para graduar la indemnización «de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza», y que no elimina la obligación previa de la aseguradora con su asegurado en orden a evitar la sanción de los intereses del art. 20 LCS.

TERCERO.- El segundo motivo se fundamenta en la infracción, oposición y falta de aplicación de la doctrina de esta Sala en la interpretación de la regla 4ª del artículo 20 de la LCS, y más concretamente, el tipo de interés aplicable para el cálculo de los intereses moratorios regulados por dicho precepto legal, según la sentencia de Pleno 251/2007, de 1 de marzo, dictada para la unificación de doctrina, y en el mismo sentido la 632/2011, 20 de septiembre, puesto que la sentencia le condena a pagar los intereses al 20% desde el día 21 de mayo de 2008 hasta su pago, argumentando que, al haber transcurrido más de dos años desde el siniestro, dichos intereses no podrán ser inferiores al 20%. Esta Sala dictó Sentencia de Pleno 251/2007, de 1 de marzo, resolviendo las contradicciones existentes hasta ese momento, reiterada en otras posteriores, y estableció la siguiente doctrina:

«Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento».

La aplicación de la anterior doctrina, determina la estimación del motivo formulado con la obligada casación y anulación en parte de la sentencia recurrida en el sentido de establecer que el interés de demora a satisfacer al lesionado por la aseguradora recurrente debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro (materializado el día del accidente -21 de mayo 2008-) al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al del 20% si aquel no resulta superior; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

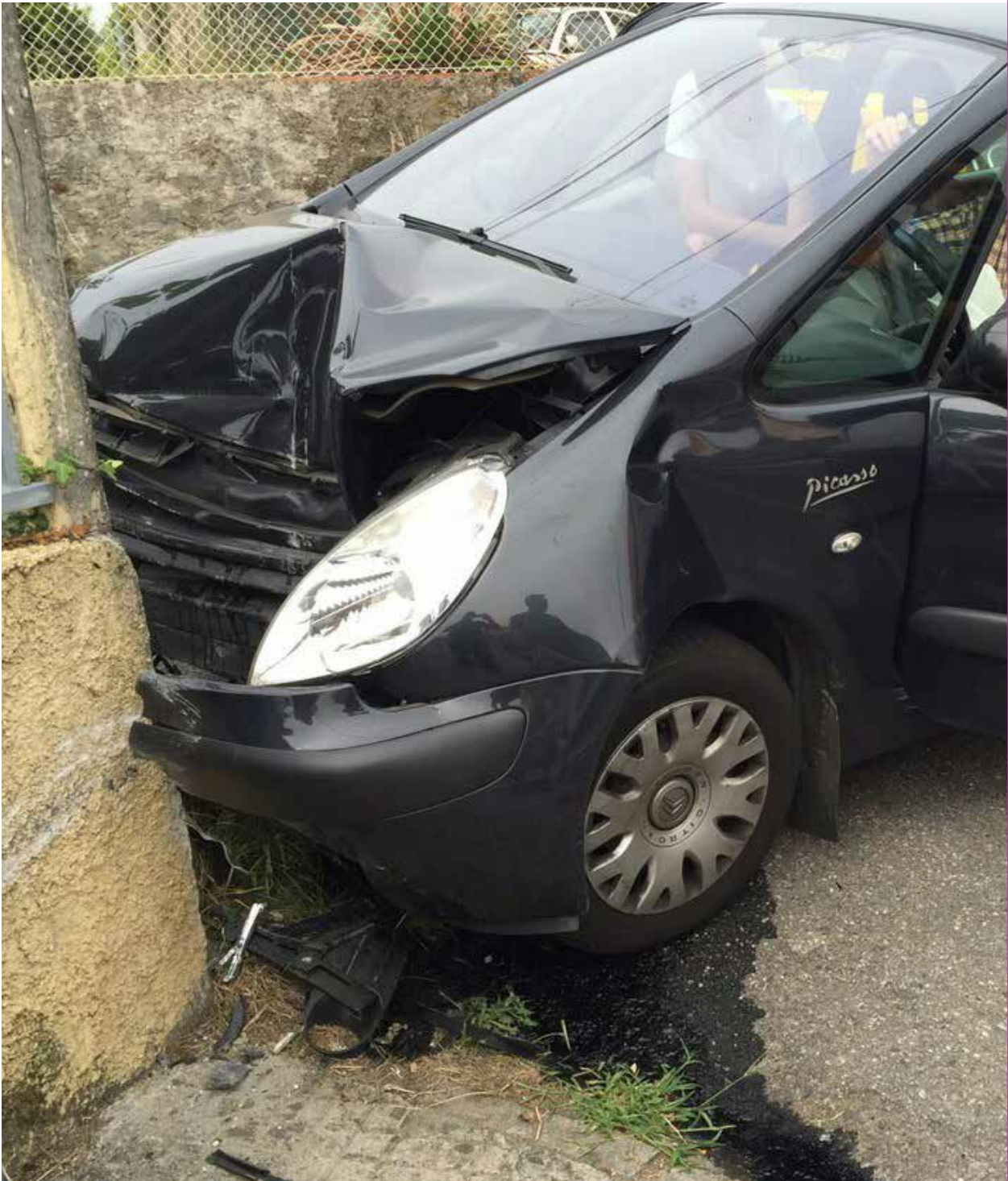
FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1.- Estimar el recurso de casación formulado por Axa Aurora Ibérica, S.A. (Axa Seguros Generales S.A) contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de mayo de 2014, exclusivamente en cuanto a los intereses en el sentido de establecer que serán calculados conforme a lo dispuesto en el fundamen-

to jurídico tercero de la presente resolución, es decir: durante los dos primeros años siguientes al siniestro (materializado el día del accidente -21 de mayo 2008-) al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al del 20% si aquel no resulta superior, hasta que se produzca el pago. 2.- Se mantiene la sentencia en lo demás, sin hacer especial declaración de las de costas

causadas por el recurso. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.



La sentencia de referencia sienta un criterio plenario sobre el término inicial del devengo de los intereses moratorios especiales del asegurador cuando ha incumplido culpablemente la obligación de cobertura de una póliza de accidentes (personales) que garantiza un concreto capital en amparo del coste de los gastos sanitarios y que proporciona una determinada cantidad para la incapacidad temporal y otra para la incapacidad permanente. La resolución recurrida había fijado ese día inicial en la fecha en que se produce la declaración o reconocimiento de la incapacidad permanente. Frente a ella, el actor (asegurado) invocó la doctrina jurisprudencial que considera que, a los efectos señalados, el siniestro está constituido por el accidente que produce las lesiones desencadenantes de la incapacidad permanente. El TS desestima el motivo del recurso y confirma la sentencia recurrida al desestimar también un segundo motivo que combatía la técnica del doble tramo y pretendía que el tipo del 20% anual se aplicara desde la fecha del accidente, haciendo coincidir la fecha del devengo inicial de los intereses con la aplicación del tipo máximo. El TS reconoce la existencia de la doctrina jurisprudencial invocada por el recurrente y alude a las sentencias que la han conformado, para advertir que coexiste con una de signo opuesto, plasmada en las sentencias que también recoge. Ante estas dos doctrinas incompatibles, se explica que el recurso lo haya resuelto la Sala en Pleno. Naturalmente, si el único motivo del recurso hubiera sido el articulado en segundo lugar, no se habría resuelto con una sentencia plenaria, al estar inequívocamente ya declarada la corrección de la doctrina del doble tramo.

El TS desestima el motivo del recurso y confirma la sentencia recurrida al desestimar también un segundo motivo que combatía la técnica del doble tramo y pretendía que el tipo del 20% anual se aplicara desde la fecha del accidente, haciendo coincidir la fecha del devengo inicial de los intereses con la aplicación del tipo máximo.

Fijada la consistencia de las dos doctrinas encontradas sobre el día a quo del devengo de los intereses moratorios especiales, el Tribunal Supremo desgrana seis razones que conducen a desautorizar la aplicada por la resolución a qua (doctrina de la postergación del siniestro) y a justificar la pertinencia de la opuesta (doctrina del anticipo moratorio que identifica el siniestro con el accidente). Lo curioso es que la doctrina desechada se nutría de una argumentación de mayor entereza que la ahora rescatada -la de la postergación había sustituido en realidad a la del anticipo-, pues la que ahora convalida se ha caracterizado por postular la que considera una pura evidencia, sin explicar por qué se reputa moroso al asegurador desde una fecha en que, ni queriendo (por faltarle dotes adivinatorias) podría haber dado cumplimiento anticipado a sus obligaciones de cobertura, al igual que no se explica por qué la mora del asegurador tiene que ser reprochable, cuando la mora ordinaria no exige un incumplimiento culpable. Puede afirmarse que la doctrina desechada está más próxima a la configuración tradicional de la mora del deudor y que la acogida se aleja sensiblemente de ella.

El problema es que la reforma del art. 20 LCS (Ley de 8 de noviembre de 1995), especificó que los intereses moratorios especiales se devengaban desde la fecha del siniestro; y ello supuso una reafirmación del predominante carácter punitivo de esos intereses, aunque incurrió en el defecto de hablar de indemnización de daños y perjuicios y también de mora, que era un concepto ausente en el texto originario, cuando lo cierto es que, aparte el sobretipo que pasa por encima del tipo del interés legal del dinero, el carácter punitivo de esos intereses explica y justifica que su devengo se retrotraiga nada menos que a la fecha en que se produce el siniestro, que es el criterio que originariamente y originalmente estableció, para la responsabilidad civil

COMENTARIO

automovilística, la disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 3/1989, de Actualización del Código Penal; norma que inspiró en buena parte el prolijo texto del actual precepto, en el que se reafirmó, de modo explícito, la exigencia de la culpabilidad. Como pena civil que es la consecuencia jurídica que contempla el art. 20 LCS -verdadera cláusula penal de imposición legal-, se está ante unos intereses que absorben la indemnización de perjuicios por la mora ordinaria (los intereses cuantificados con el tipo del interés del dinero con su doble función resarcitoria y compensatoria del denominado perjuicio inflacionario), y, a su vez, su carácter punitivo se manifiesta, no sólo en el sobretipo establecido y en su oficialidad (sin perjuicio de que es precisa la culpabilidad en el incumplimiento), sino también en la antedatación del tipo total a la fecha del siniestro.

Paradójicamente, la sentencia comentada prescinde del criterio que habían sostenido las ponencias del anterior Presidente de la Sala, Juan-Antonio Xiol Ríos (sentencias de 7 de febrero de 2007, 2 de julio de 2011 y 17 de julio de 2012) y viene a atenerse a un criterio que es el que precisamente deriva, aunque no se capte así, del acierto calificadorio de otra sentencia del mismo ponente, la de 18 de mayo de 2004, cuando puntualizó que los intereses del art. 20 son fundamentalmente punitivos y no compensatorios directamente (*rectius*: de modo prevalente); y ello con referencia a un texto, el introducido en 1995, que, pese a aludir a la mora del acreedor y a que los intereses especiales contemplados constituyen una indemnización de daños y perjuicios, se apartó de la institución de la mora, tanto por los tipos contemplados como por la fecha del inicio del devengo de los intereses adjudicados a título de culpa.

La reforma indicada “moralizó” nominalmente los intereses regulados, diciendo que son moratorios, pero abundó en su “desmoralización”, por su componente básico ajeno a tales intereses, al tiempo que la suavizaba con el doble tipo sucesivo y con la absorción de los intereses moratorios ordinarios y, también, al tiempo, los “moralizaba” en otro sentido, al exigirse un reproche culpabilístico de raigambre delincinencial. La sentencia señalada se refería con acierto a la preeminente función punitiva de los intereses moratorios del asegurador, pero, al decidir la fecha del inicio de su devengo, influido por la institución clásica de la mora, atemperaba de un modo muy sobresaliente el alcance del castigo, mientras que la sentencia comentada pasa por alto esa preeminencia pero, en cambio, intensifica el alcance de la pena mediante la llevanza de los intereses a la fecha del accidente, atendiendo a su concepto naturalístico como siniestro. El hecho de que la mora del responsable de unos daños amparados por una póliza de seguro de responsabilidad se lleve, normalmente, a la fecha de la presentación de la demanda o a la de su emplazamiento y no a la fecha del siniestro, demuestra que los intereses moratorios del asegurador, devengados desde la fecha del siniestro hasta la fecha en que comenzaría la mora del asegurado, no cumplen la más mínima función restauradora, sino exclusivamente la represiva.

...pese a aludir a la mora del acreedor y a que los intereses especiales contemplados constituyen una indemnización de daños y perjuicios, se apartó de la institución de la mora, tanto por los tipos contemplados como por la fecha del inicio del devengo de los intereses adjudicados a título de culpa.



perlas cultivadas

por **José María Hernández - Carrillo Fuentes**
Abogado

Es inevitable retrotraernos a los textos de nuestro buen amigo Mariano Medina Crespo, en los números 4 y 5, del año 48, abril y mayo de 2012, de la revista RC de INESE “Reflexiones críticas sobre la aplicación del Sistema fuera del tránsito Motorizado”, y en los números 10 y 11, del año 50, noviembre y diciembre de 2014, “Aplicación del Sistema Valorativo fuera del tránsito motorizado” 1ª y 2ª parte, absolutamente contrario a la aplicación fuera del ámbito en el que es legalmente obligado y vinculante.

Con fecha 12 de julio, en ponencia de Don Juan Francisco Garnica Martín, recae la Sentencia nº 165/2016, de la Sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, decidiendo sobre las indemnizaciones a percibir por familiares de una víctima del siniestro del vuelo JK522 de Spanair, pasando de los más de 300.000 € - intereses incluidos - de la instancia a rebasar los 600.000 €, con pronunciamientos no exentos de interés.

“13.La cuestión es si al haberse fijado por el legislador comunitario ese límite mínimo de aseguramiento obligatorio -250.000 DEG que fija el Reglamento 785/2004- también se ha querido fijar un umbral mínimo de responsabilidad para el caso de daños personales a los pasajeros. Si así fuera, lo objetivado no sería la responsabilidad sino el daño resarcible. Es decir, la cuestión está en si el legislador comunitario no ha querido establecer solo una norma sobre seguro obligatorio sino en si al hacerlo ha establecido también una norma de mínimos sobre la valoración del daño personal, aplicable de forma directa al menos en el caso de fallecimiento del pasajero.

14. La responsabilidad objetiva de las compañías aéreas como consecuencia de un accidente aéreo es verdadera responsabilidad, aunque no nazca

de la culpa sino solo del riesgo; es decir, el seguro que la cubre es un seguro de responsabilidad, no un seguro de personas, como el seguro de vida. Por tanto, no podemos compartir con el recurso de los demandantes que las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad objetiva y de la subjetiva sean acumulables. Eso solo sería posible si el seguro para el caso de responsabilidad objetiva fuera un seguro de personas, en lugar de un seguro de responsabilidad. Por tanto, los demandantes no pueden pretender que se resarza doblemente un mismo daño, el procedente de la muerte prematura de su hijo y hermano. El daño es el mismo con independencia de que el título de imputación pueda ser distinto. Por tanto, 100.000 DEG constituía un primer umbral para el resarcimiento de ese daño, umbral que fue rebasado una vez probada la

culpa de los dependientes de la compañía aérea. Y 250.000 DEG constituye un segundo umbral, en este caso de mínimos, pero no se trata exactamente de un umbral mínimo de responsabilidad sino de seguro obligatorio. Pero que se trate de un umbral mínimo de seguro obligatorio no resulta del todo indiferente desde la perspectiva de la responsabilidad porque no creemos que se pueda desautorizar al legislador comunitario afirmando que ha impuesto el aseguramiento de una responsabilidad meramente teórica y prácticamente inexistente, al menos en nuestro país.

15. La compañía aseguradora demandada niega que el importe de 250.000 DEG constituya un límite mínimo de la indemnización y afirma que se trata solo de un límite mínimo asegurador, si bien habrá que estar a las normas sobre responsabilidad para determinar cuál es el daño del que deba responder.

No le falta algo de razón cuando afirma que el seguro no debe confundirse con la responsabilidad porque son algo distinto. No obstante, como es bien conocido, cuando se trata de seguros en los que el daño está representado por la vida humana o por la salud, no es infrecuente que el legislador identifique daño con aseguramiento. Esto es, los límites mínimos fijados para el seguro obligatorio cumplen una función indirecta de parámetro para la valoración del daño personal. Ese es el fundamento de todo nuestro sistema de resarcimiento de los daños y perjuicios en la responsabilidad derivada de la utilización de vehículos a motor (el célebre Baremo introducido por nuestro legislador en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (LA LEY 3829/1995).



16. En suma, si el legislador comunitario obliga a las compañías aéreas a suscribir un seguro que garantice como mínimo un daño de 250.000 DEG por los daños personales de cada pasajero creemos que es porque ha estimado que el valor máximo que pueden alcanzar los daños personales objeto de resarcimiento debe ser como mínimo equivalente a esa cantidad. Ahora bien, eso no significa que 250.000 DEG constituyan la indemnización mínima para el caso de pérdida de la vida del pasajero en todo caso, particularmente porque no creemos que: (i) la pérdida de la vida del pasajero constituya la expresión del mayor daño a resarcir, ya que nos representamos situaciones de gran invalidez en las que puede ser razonable cuantificar de forma más elevada el daño a resarcir; y (ii) no en todos los casos la pérdida de una vida humana merece una valoración idéntica, sino que esa valoración debe acomodarse a las concretas circunstancias personales de la víctima y de su entorno.

17. Por tanto, si bien compartimos con la recurrente M su preocupación por la inseguridad jurídica que genera la ausencia de un criterio al que acudir, no podemos, en cambio, compartir con ella que ese criterio objetivo sea precisamente el Baremo del automóvil, regulado, en el momento en el que se produjo el siniestro, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (LA LEY 1459/2004). O, cuando menos, no es el criterio primario porque existe otro más próximo y valioso para resolver la cuestión, el que resulta del Reglamento Comunitario que hemos referido. También este es un baremo legal y su aplicación es obligatoria y no un mero criterio de interpretación legal como constituye el Baremo del automóvil cuando se pretende que sea aplicado fuera de su ámbito estricto y objetivo de aplicación.

18. A partir de lo que resulta de ese Reglamento comunitario es posible obtener un resarcimiento mayor, si bien no sometido a reglas objetivas



tural de aplicación, porque ha permitido poner racionalidad donde antes solo existía incertez. No obstante lo cual, ello no debe conducir a convertir ese sistema de enjuiciamiento, que también tiene puntos oscuros (tal y como resulta de la jurisprudencia constitucional relativa al mismo), en un parámetro obligatorio para el enjuiciamiento del daño fuera del ámbito de la responsabilidad por accidentes de tráfico.

23. En el supuesto que enjuiciamos, fijado el importe de la indemnización, que a la vez tiene el carácter de mínimo y de máximo, como hemos visto, la cuestión relativa a las personas entre las que se ha de distribuir pasa a ser secundaria. Por esa razón hemos atribuido importancia determinante a la forma en la que los propios reclamantes (que damos por supuesto que integran la totalidad de los perjudicados por el fallecimiento del Sr. Francisco han distribuido el daño. Y por esa misma razón hemos de entender que es también en ese ámbito íntimo familiar donde mejor se ha podido determinar el alcance de los afectados con la inclusión de la hermana.

Por lo demás, a nosotros solo nos corresponde constatar que la Sra. C tiene la condición de perjudicada por su carácter de hermana y por la convivencia que con ella tenía el fallecido hasta el momento de su muerte. El simple hecho de que alcanzara la mayoría de edad la hermana no creemos que sea un argumento serio para excluir que haya sufrido daño moral resarcible (con independencia de lo que sobre el particular disponga el Baremo del Automóvil, que en el caso no es de aplicación) y no podemos ignorar que lo que estamos resarcando es esencialmente, cuando no exclusivamente, daño moral.

de determinación del daño. Por tanto, no es descartable que los familiares del fallecido como consecuencia del accidente que examinamos puedan obtener un mayor daño, si bien para ello es preciso que lo prueben, esto es, que acrediten que el daño efectivamente sufrido como consecuente de la pérdida de su familiar (incluyendo daños personales -esencialmente daño moral- como materiales -lucro cesante futuro-) es superior a esa cantidad de 250.000 DEG a que nos hemos referido.

19. En el supuesto que examinamos estimamos que esos 250.000 DEG constituyen un buen parámetro de valoración de todos los daños y perjuicios que de la muerte del Sr. F se hayan podido derivar para sus familiares. Por tanto, en esa cantidad de 250.000 DEG, de los cuales ya tienen percibidos 25.000 euros (cantidad que reconocen recibida a cuenta) debemos fijar el importe global de la indemnización. Por tanto, dando por buenos los valores de conversión que hace la de-

manda, que la demandada no cuestionó, debemos fijar en 235.632,50 DEG el importe global de la indemnización que podrán percibir los perjudicados.

Por tanto, corresponderá a cada uno de los padres la cantidad de 94.253 DEG y a la hermana 47.126,5 DEG.

QUINTO. Sobre la falta de legitimación de la hermana 21. M cuestiona que la hermana del fallecido, Sra. Carmen tenga legitimación activa para reclamar indemnización, al no encontrarse descrita como perjudicada en los Baremos del automóvil, ya que es mayor de edad y concurre con ascendientes.

22. No podemos cuestionar la importancia que el Baremo ha tenido en nuestro país como criterio de racionalización del enjuiciamiento en la valoración del daño personal. Y por esa razón no es sorprendente que haya terminado imponiéndose como un criterio importante en el enjuiciamiento de ese tipo de daño fuera de su ámbito na-

24. Por tanto, el Baremo, que tanta utilidad puede tener a otros efectos, lo que ha justificado esa aplicación analógica fuera de su ámbito estricto en el que su aplicación es obligatoria, no puede determinar que neguemos la legitimación activa a la hermana del fallecido cuando estimamos que concurren las circunstancias precisas para considerarle titular de la indemnización y que se concretan en una sola circunstancia: haber sufrido daño moral como consecuencia de la pérdida”

que dio origen al accidente, por su negligencia o falta de diligencia, y con independencia de la concreta norma jurídica que sea aplicable en tal caso, lo que se encuentra amparado por el principio “iura novit curia”, resulta de completa aplicación la doctrina de las “responsabilidades cruzadas” en los casos de colisión recíproca de vehículos cuando no pueda determinarse el conductor causante, incluso en el supuesto de daños materiales, en los que no existe una modificación de las reglas sobre la

ciónamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995) . El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso... De esta forma, como declara la citada sentencia, en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo -título de atribución de su responsabilidad- y como tal, no pudiendo cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo.

La Sentencia nº 226/2016, de 7 de octubre, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada - en ponencia del Ilmo Sr. Don Juan Francisco Ruiz Rico Ruiz - resuelve aplicando la doctrina de las “responsabilidades cruzadas” revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda respecto de unos hechos de tráfico vial:

“Para establecer la responsabilidad en la causación del accidente no se trata de determinar cuál de los vehículos embistió a quien, lo que dependerá de diversos factores como la velocidad, distancia del punto de intersección, etc, sino cual de los conductores infringió el deber de respetar la preferencia otorgada en el citado cruce regulado por semáforos, es decir, quien se saltó el semáforo en rojo. Sobre esta cuestión existen declaraciones contradictorias entre las partes, llegando a afirmarse en el atestado levantado por la Policía Local que “la causa eficiente del accidente fue la infracción de la norma de circulación (no respetar la fase metafórica en color rojo) cometida por alguno de los dos implicados no pudiéndose determinar cual, al existir versiones contradictorias y no poder recabar más pruebas”.

carga probatoria derivada de la responsabilidad objetiva o por riesgo recogida en el Art. 1 de la LRCSVM, tal y como ha declarado la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10-9-2012, ratificada por la STS de 4-2-2013, así como las sentencias de esta Sala de 4-20-2013 y 11-3-2016, al afirmar: “En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, n.º 615/2002, que el artículo 1.1 y II LRCSVM 1995 establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación (artículo 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al fun-

Al no poderse precisar la culpa relevante del conductor

También, como se afirma en dicha sentencia, lo que se infiere de la doctrina fijada es que la particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso

la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por

su vehículo, a menos que pueda acreditar la concurrencia de alguna de las causas legales de exoneración -caracterizadas en nuestra jurisprudencia como causas excluyentes de la imputación-. El principio de responsabilidad objetiva -en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí-, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la

...resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados.

de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en

el riesgo de la circulación que establece la LRCSVM 1995 y la vigente en la actualidad... cada conductor responde del riesgo creado por la conducción de



ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño... Como regla de principio, ambos conductores deben, en consecuencia, responder del daño corporal causado a los ocupantes del otro vehículo en atención al riesgo creado por su propio vehículo. En particular el demandado debe responder, por el riesgo por él generado mediante la conducción de los daños personales causados al demandante. No puede exonerarse al demandado, pues no se ha probado que entre su actuación y el resultado se interfiriese causalmente en elemento extraño (como la culpa exclusiva del demandante o la fuerza mayor ajena al funcionamiento del vehículo del demandado y a la conducción) apto para excluir su imputación”.

En consecuencia, no siendo preciso analizar los demás motivos que fundamentan el recurso y no existiendo controversia sobre el alcance de las lesiones derivadas del accidente, su cuantificación y sobre el importe de los daños materiales de la motocicleta, procede la estimación íntegra de la demanda con todos los demás pronunciamientos que le sean inherentes.”

... En la sentencia de 17 de marzo de 2016, dictada en el asunto C-99/15, que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada, el TJUE afirma que para interpretar una disposición del Derecho de la Unión no sólo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (apartado 14).

Aunque art. 13, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva no incluye el daño moral como elemento que las autoridades judiciales hayan de tener en cuenta cuando fijan la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular del derecho, tampoco excluye que se tenga en cuenta este tipo de daño. Esta disposición, al prever la posibilidad de fijar un importe a tanto alzado de la indemnización por daños y perjuicios «cuando menos» sobre la base de los elementos que en él se mencionan, permite incluir en dicho importe otros elementos, como, en su caso, la indemnización del daño moral causado al titular de dicho derecho (apartado 15).

Directiva establece la regla general, según la cual las autoridades judiciales competentes deben ordenar al infractor el pago al titular del derecho de propiedad intelectual perjudicado de una indemnización por daños y perjuicios «adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción». El menoscabo de la reputación del autor de una obra constituye, siempre que se haya demostrado, un componente del daño efectivo que este ha sufrido. Por tanto, el tenor mismo del precepto de la Directiva excluye que el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular del derecho controvertido se base exclusivamente en el importe de las licencias hipotéticas cuando dicho titular ha sufrido efectivamente un daño moral, puesto que tal criterio indemnizatorio, aplicable «cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido» (considerando 26 de la Directiva) tiene en cuenta los posibles daños morales (apartados 16 a 20).

La sentencia del TJUE hace referencia también a diversos considerandos de la Directiva en los que se afirma que esta tiene por objetivo garantizar, en particular, un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior (considerando 10), determinando en cada caso las medidas a adoptar de tal modo que se tengan debidamente en cuenta sus características específicas (considerando 17), y que con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, y, en particular, el daño moral

No por infrecuente, es menos señalada la sentencia nº 501/2016, de 19 de julio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que, previa cuestión prejudicial ante el TJUE en torno a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de una obra audiovisual, establece - cuando el perjudicado optó por el criterio de la licencia hipotética - la compatibilidad de la indemnización del daño moral y del daño patrimonial:

... al tratarse de un tribunal cuyas sentencias no son susceptibles de ser recurridas, la sala decidió plantear la cuestión al TJUE.

Afirma también el TJUE que del análisis del contexto del que forma parte la disposición controvertida resulta que, por un lado, el párrafo primero del artículo 13, apartado 1, de la

La sentencia del TJUE hace referencia también a diversos considerandos de la Directiva en los que se afirma que esta tiene por objetivo garantizar, en particular, un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior

ocasionado al titular (considerando 26). De todo lo cual se desprende que la Directiva tiene por objeto alcanzar un elevado nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual que tenga en cuenta las especificidades de cada caso y esté basado en un método de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que responda a estas especificidades (apartados 21 a 24).

El TJUE, realizando una interpretación teleológica del precepto de la Directiva, considera que tal precepto establece el principio de que el cálculo del importe de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular de un derecho de propiedad intelectual debe tener por objeto garantizar la reparación íntegra del perjuicio «efectivamente sufrido», incluido también en su caso el posible daño moral causado. Dado que una determinación a tanto alzado del importe de la indemnización por daños y perjuicios adeudada que se base únicamente en las licencias hipotéticas solo cubre el daño material sufrido por el titular del derecho de propiedad intelectual de que se trate, para permitir la reparación íntegra, dicho titular debe poder solicitar, además de la indemnización calculada de este modo, la indemnización del daño moral que en su caso haya sufrido (apartados 25 y 26).

Por esas razones, el TJUE concluyó que el precepto de la Directiva debía interpre-

tarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 del art. 13 de la Directiva, sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, párrafo segundo, letra a), de dicho artículo.

9.- Debe tenerse también en cuenta que no se está en el supuesto excepcional previsto en el art. 13.2 de la Directiva, esto es, el de aquellas vulneraciones en las que el infractor no hubiere intervenido en la actividad infractora a sabiendas ni con motivos razonables para saberlo, supuesto en el cual, la STJUE de 22 de junio de 2016, asunto C-280/15, caso Irma Nikolajeva y Multi Protect OÜ, ha considerado que la recuperación de los beneficios o el pago de los daños y perjuicios que puedan ser preestablecidos, que establece dicho precepto para este tipo de infracciones, no incluyen la indemnización del daño moral.

10.- Resueltas las dudas sobre la compatibilidad de la indemnización del daño moral y del daño patrimonial cuando el perjudicado haya optado, para cuantificarlo, por el crite-

rio de la licencia hipotética por las dificultades existentes para determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, ha de concluirse que procede la estimación del recurso.

Las circunstancias concurrentes, en concreto la vulneración de derechos morales del autor tales como el derecho a la integridad de la obra y al reconocimiento de la autoría, el daño causado al prestigio y reputación del demandante por haberse utilizado una obra que pretendía ser poética en un documental sobre prostitución infantil, y la cuota de audiencia de este documental en una cadena de televisión de ámbito nacional, son elementos que permiten afirmar que el demandante no solo sufrió perjuicios patrimoniales al resultar vulnerados sus derechos de explotación, sino también daños morales que no resultaron indemnizados con la exigua indemnización resultante de la aplicación del criterio de la licencia hipotética.

Esta sala, en la sentencia 964/2000, de 19 de octubre, con cita de otras anteriores, declaró que la valoración del daño moral a efectos de fijar su indemnización no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Dadas las circunstancias expresadas (gravedad del daño moral por sus características intrínsecas y por la divulgación del documental infractor), la indemnización de 10.000 euros se muestra adecuada y no excesiva, por lo que debe confirmarse, en este extremo, la sentencia de primera instancia”.

Por su pujante vigencia, resulta imposible no aludir a las denominadas cláusulas suelo, como lo hace el auto nº 170/2016, de 7 de noviembre, de la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz que - además de establecer que los ejecutados carecían del carácter de consumidores, en base al destino final del producto adquirido - define como aun procediendo la nulidad de la cláusula, la consecuencia no puede ser la de acordar el sobreseimiento de la ejecución:

“Así, citar el Auto de la Sección 2a, de la Audiencia Provincial de Burgos, de 28 de enero de 2014, que remite al anterior de 28 de enero de 2014, el cual estimaba que, declarada nula la estipulación relativa a los intereses de demora, y determinada “la no aplicación de la cláusula suelo para las cantidades pendientes, liquidadas o pendientes de liquidación”, lo que debía hacerse, “Con carácter previo a fijar la nueva cantidad por la que ha de despacharse ejecución”, es que se aportara “por la parte ejecutante en el término de cinco días nueva liquidación en estas condiciones”.

En el mismo sentido, Auto de 30 de enero de 2015, de la Sección de Jerez, de la Audiencia Provincial de Cádiz, que estableció que “El auto recurrido acordó el sobreseimiento del procedimiento hipotecario por considerar abusiva la cláusula suelo. Por las razones que hemos expuesto en los anteriores apartados de esta resolución, vamos a estimar parcialmente el recurso de apelación en el sentido de considerar que la nulidad de la cláusula suelo puede afectar a los intereses aplicables, pero estimamos que procede aplicar analógicamente la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 que indica que en los procedimientos de ejecución iniciados antes de la entrada en vigor de dicha Ley el Secretario Judicial dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé la canti-

dad por la que se solicita que se despache ejecución. En nuestro caso ese nuevo cálculo deberá hacerse sin aplicar la cláusula suelo”.

Este criterio lo había acogido esa misma Sección, en Autos de 28 de noviembre de 2014, y 24 de noviembre de 2014, en el que se decía que “no es de aplicación lo dispuesto en el art. 695.3 de la LEC. pues la cláusula contractual anulada, cláusula suelo, no fundamenta la ejecución. En el presente caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”.

Cabe aludir igualmente al Auto de la Sección 4a de la Audiencia Provincial de Granada, de 11 de abril de 2014, que determinó que “aún procediendo la nulidad de la cláusula, la consecuencia no podrá ser la de acordar el sobreseimiento de la ejecución, pues no estamos en el supuesto de que esta cláusula sea el fundamento de la misma. Como pone de manifiesto el T.S., en la mencionada Sentencia de 9-5-2013, aunque éstas se refieren a objeto principal del contrato, no puede confundirse con lo que sería elemento esencial de éste, por lo que su nulidad no supone la de aquellos que podrán operar en todo lo demás, no constituyendo por tanto cláusula que fundamente la ejecución no obstante pueda incidir en la determinación de la cantidad exigible, a lo que no obstará la irretroactivi-

dad que declaraba el TS en la sentencia antes referida, que en supuestos como el de autos deberá ponerse en relación con las disposiciones transitorias 1 a y 4a de la ley 1/2013. En consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el Art. 695,3 de la LEC, procederá que continúe la ejecución con inaplicación de la cláusula declarada nula, de manera que deberá recalcularse la cantidad exigible sin aplicarla y seguirse la ejecución por dicha cantidad. Así lo ha establecido esta Sala a partir del reciente auto de 31-1-2014”.

Y, finalmente, se recoge esta misma conclusión en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12a, de 12 de febrero de 2015, y de Barcelona, Sección 11a, de 29 de enero de 2015, de Sevilla, Sección 8a, de 27 de enero de 2015, y de Jaén, Sección 1a, de 21 de enero de 2015.

Tomando todo ello en consideración se acordó, en Pleno de Magistrados de esta Audiencia Provincial de Cádiz, celebrado el 8 de mayo de 2015, que declarada la nulidad de la cláusula suelo “se continuará la ejecución con la inaplicación de dicha cláusula suelo abusiva”, realizando “recálculo de cantidades con los efectos que, en relación a las cantidades ya abonadas por el prestatario por dicho concepto, ha fijado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de marzo de 2015”.



La Sala 2ª del Tribunal Supremo en Sentencia Nº 530/2016, de 16 Junio, confirma la pena impuesta a un policía -por delitos de detención ilegal, denuncia falsa y falta de lesiones- que detuvo ilegalmente a un Letrado, sin justificación alguna, solo como represalia por haberle llamado la atención en un incidente de tráfico, justificando que era por amenazas de muerte y porque previamente le había grabado en la vía pública; es importante la indemnización por daño moral pues la detención de produjo en el partido judicial donde el Letrado ejerce su profesión, una demarcación judicial pequeña en la que era muy conocido.

“1.- Entiende -el apelante- desproporcionada y arbitraria, la indemnización por daño moral en 10.000 euros, que entiende debe reducirse a 2.500; pues argumenta que con independencia de la condición de Letrado que ostenta la víctima y sin que conste en las actuaciones dato alguno sobre su trayectoria profesional, precisamente por dicha condición se le dispensó un trato favorable, no habiendo sido en ningún momento esposado, no retirándole sus efectos personales e incluso, trasladándolo a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, en vehículo de la Policía Local, permitiéndosele durante el trayecto mantener comunicaciones por medio de teléfono

no móvil. Y además, esgrime, la detención tuvo escasa duración (dos horas) y la necesidad del traslado a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, ante una detención por parte de la Policía Local era necesario e imprescindible pues es dicho cuerpo policial, el encargado de tramitar el atestado policial y puesta del detenido a disposición judicial, por lo que entiende, de modo alguno puede influir en la determinación del quantum.

2.- Respecto al daño moral, en las SSTS 420/2015, de 26 de junio, 231/2015 de 22 de abril ó 489/2014, de 10 de junio, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de

aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar “evidente”; es decir, “cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado”, acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de

su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero).

En cuanto a la cuantía, es doctrina jurisprudencial, que los daños de índole moral, por su propia naturaleza no son traducibles económicamente y por ello no pueden utilizarse como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados para los daños físicos y materiales, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el "quantum" indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad."

cir el engaño de ser ciertos los hechos que se le imputan.

El motivo no puede prosperar. La estafa no queda excluida por supuesto incumplimiento de las exigencias de autoprotección pues, como señala entre otras la STS 331/2014, de 15 de abril, "dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada -que no concurren en el caso actual- la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección". Y en autos, como adecuadamente precisa la sentencia de instancia, "el acusado ocultó a las distintas compañías aseguradoras que había sido él quien había provocado el siniestro origen de las lesiones que constituían la base de su reclamación a las mismas, engaño revestido de una apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañarlas, dado lo maquiavélico del

En idéntico sentido, las SSTS, citadas en la anterior resolución:

- STS 482/2008, de 28 de junio de 2008 que destaca que "el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

- SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 30 de octubre de 2012, 26 de marzo de 2013 y 30 de abril de 2013, donde se destaca que: "Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria".

En la Sentencia Nº 726/2016, de 30 Septiembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo El condenado por un delito continuado de estafa de especial gravedad se mutiló una mano, procediendo a colocarla a los pies del asiento del conductor y acto seguido, prendió fuego al vehículo simulando un accidente de circulación, con el propósito de defraudar a varias aseguradoras y cobrar una importante indemnización:

"1.- Alega que no puede apreciarse en el relato de hechos probados el engaño bastante necesario, habida cuenta de la falta por parte de las aseguradoras de la mínima cautela que les era exigible, derivada de su condición empresarial, así como por lo burda que resultaría la conducta desplegada por mi representado a fin de produ-

plan urdido a tal efecto, hasta el punto de que al menos tres de ellas, Santa Lucía, Liberty y Axa, le abonaron las sumas reflejadas en los hechos probados de esta sentencia, en tanto que las restantes no llegaron a hacerlo, pese a las reclamaciones formuladas, por la prejudicialidad derivada de la existencia de la presente causa penal".

Es decir, que una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de engaño burdo o de absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima la responsabilidad del engaño, escogiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales."

Técnicamente impecable, merece ser destacada la Sentencia núm. 884/16, de 24 de noviembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que frente a un delito societario continuado -con declaración de concurso culpable doble- establece que -obviamente- la denuncia por persona perjudicada es presupuesto procesal de validez y sin perjuicio concreto, y sin relación de este con el hecho falsario, no se comete el delito tipificado en el Art. 290 Código Penal.

“...Pero contabilidad inexistente no es contabilidad falsa. Y tampoco irregularidades relevantes implican falsedad, y que ésta no” es otra irregularidad diversa de aquella que afirma como existente lo que no existe o como inexistente lo que sí existe. No son falsos, por más que puedan tenerse por incorrectos, los juicios de valor que toda contabilidad implica.

Valga aquí el recuerdo de la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 439/2016 de 24 de mayo, en la que se negó tipicidad a las irregularidades porque:

“anudar sin más una falsedad contable a las irregularidades expresadas para integrar el delito del art. 290 Código penal, resulta arriesgado e incorrecto penalmente porque no toda irregularidad es equivalente a una falsedad de contenido penal”.

7.- El tipo penal del artículo 290 del Código Penal exige “falsear” que tanto quiere decir como mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho (655/2010, de 13

de julio). Pero, es de advertir QUE SOLO cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. Cuando se trata de juicios de valor, aunque pueda predicársela incorrección, no puede decirse que su enunciado sea o no falso. Y en contabilidad, además de datos, se manejan juicios de valor. Como los que corresponden emitir sobre la calificación contable de un dato de hecho. De tal suerte que el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva.

8.- Pues bien, en el caso juzgado, si bien se hace referencia a que el comportamiento del acusado dio lugar a la declaración de concurso culpable de dos sociedades, tal declaración “afecta”, en la terminología legal, al acusado (artículo 172 redactado por el número noventa y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).



De ahí que, si se considera que el perjuicio ocasionado por el recurrente consistió en tal declaración de culpabilidad, es claro que no tendría trascendencia tipificante pues el acusado obviamente no es el perjudicado contemplado en el tipo penal.

Por otra parte los hechos que dieron lugar a esa declaración, descritos doblemente más arriba, no implican actos del recurrente que puedan calificarse, sin otras añadiduras, como falsos, por más que se incurra en lo que se denominan, inespecíficamente, irregularidades o insuficiencias en la articulación de la contabilidad o incluso en su total omisión. Tales términos son equívocos pues albergan tanto el concepto de falsedad como el de incorrección valorativa. Y esa equivocidad descriptiva acarrea la consecuencia de no poder afirmarse concluyentemente la tipicidad penal.”

de este Tribunal, de la tutela judicial efectiva; por lo que, para reponerla en su derecho, procede anular las resoluciones recurridas para que la Audiencia se pronuncie, bien en el sentido de continuar el procedimiento, bien sobreseyéndolo por alguna de las causas previstas en la Ley”.

El sobreseimiento provisional en la fase intermedia solo es procesalmente viable si todas las partes lo solicitan (art. 645 LECrim, STC 171/1988 de 30 de septiembre citada y STS 70/2013, de 21 de enero).

Reiteramos conclusivamente. La apertura del juicio oral en el sistema acusatorio mixto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige como presupuestos:

a) Que exista una parte distinta del Tribunal, dispuesta a sostener la pretensión acusa-

do en el auto de procesamiento. Aquí se dictó auto de procesamiento que mantiene su eficacia pues no fue impugnado.

El auto de procesamiento supone depositar en manos de la acusación la llave para la apertura del juicio oral que, en ese caso, no podrá ser rechazada más que por falta de acusación, o por la atipicidad de los hechos (art. 645 LECrim). Eso explica que solo sea ese rechazo el que puede ser revisado en casación mediante un juicio jurídico (art. 848). No sería lógico burlar esas previsiones abusando de un sobreseimiento provisional inviable en esta fase lo que aconseja la postulada interpretación extensiva de esa pasarela a la casación.

En la fase intermedia la Audiencia Provincial sólo tiene capacidad para evaluar el concurso de los dos primeros presupuestos; no el tercero que solo

Muy interesante la ponencia del Excmo. Sr. Del Moral Garcia en sentencia nº 665/2013 de 23 de julio de la sala 2ª del TS acerca de la recurribilidad en casación de un auto de sobreseimiento provisional dictado por la Audiencia Provincial:

“Al no ser norma sustantiva eso no sería motivo de casación (art. 849.1º), si no es porque a su vez comporta una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva como ha tenido ocasión de declarar el TC de forma tan expresa como contundente: STC 171/1988, de 30 de septiembre:

5. Al impedirse, sin una causa legalmente prevista, que la recurrente obtenga una resolución sobre el fondo de su pretensión, se le ha privado, de acuerdo con reiterada doctrina

toria (nemo iudex sine actore). Aquí la hay.

b) Que los hechos objeto del proceso sean subsumibles en un tipo penal. No lo cuestiona la Audiencia.

c) Que la pretensión acusatoria goce de “razonabilidad”, es decir que concurren indicios de que han sucedido los hechos y de que en ellos ha participado el acusado. Es el juicio de acusación que, según se ha dicho, en nuestro procedimiento penal originario se encuentra encerra-

do puede fiscalizar a través del recurso contra el procesamiento en la forma contemplada en el art. 384 LECrim. No habiéndose atendido a esa distribución de funciones ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva.”

“2º) No puede compartirse la afirmación de la compañía demandada de que el desempeño de esa actividad «forma parte de los riesgos generales de la vida». Ciertamente, no

Resolviendo un supuesto en que el actor dirige una acción por culpa extra contractual frente a la explotadora de una sala de fiestas en la cual pisó un cristal roto en la zona de acceso a los baños, de suerte que le atravesó la zapatilla y lesionó el pie, dicta el Tribunal Supremo, Sala 1ª, su Sentencia Nº 185/2016, de 18 de marzo - en ponencia del Ilmo. Pantaleón Prieto- “sin perjuicio de que se contraten “equipos de barqueros”, que son las personas encargadas de recoger vasos rotos, y de que además los camareros estén encargados de hacerlo, es evidente que resultaba insuficiente, pues fueran pocos o muchos los cristales existentes, había cristales y estos podían causar daños”, de modo preciso concreta:

cabe calificarla de actividad anormalmente peligrosa; pero sí son inherentes a ella algunos riesgos superiores a los normales. Lo que justifica (y resulta legislativamente demostrado por) lo que prescribe el párrafo primero del artículo 6.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de 4 de Julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, a cuyo tenor:

«Los locales y establecimientos deberán tener suscrito contrato de seguro que cubra los riesgos de incendio en el local y de responsabilidad civil por daños a los concurrentes y a terceros derivados de las condiciones del local, de sus instalaciones y servicios, así como de la actividad desarrollada y del personal que preste sus servicios en el mismo».

Dicho precepto se refiere, naturalmente, a los locales y establecimientos incluidos en el ámbito de aplicación de esa Ley: según su artículo 1.2, aquellos «en que tengan lugar los espectáculos públicos y actividades recreativas». Y el párrafo final del artículo 1.1 define éstas del siguiente modo: «Son actividades recreativas, a los efectos de esta Ley, aquellas dirigidas al público en general cuyo fin sea el esparcimiento, ocio, recreo y diversión del mismo».

3º) Entre esos riesgos superiores a los normales -aun-

que, salvo en las llamadas «macrofiestas», no extraordinarios-inherentes a la explotación de un local como la sala Macumba, se encuentra el que genera la utilización de vasos de cristal, cuya rotura expone a los asistentes -atentos a su esparcimiento y en un ambiente de escasa iluminación- a sufrir eventos dañosos como el que don Feliciano padeció. Riesgo, que naturalmente se multiplica por el número de asistentes, notoriamente mucho mayor en las noches de los fines de semana.

4º) No cabe, obviamente, exigir a quienes explotan esa clase de locales medidas de cuidado que eliminen el referido riesgo: ni que no se utilicen vasos de cristal; ni que cuenten con un número de «barqueros» tal, que resulte igual a cero la probabilidad de que los asistentes se lesionen por pisar o caer sobre un cristal roto. Pocas personas estarían dispuestas a asistir a una sala de fiestas en la que las bebidas se sirvieran en vasos de plástico, o a pagar el precio que la entrada deberla alcanzar para cubrir el coste de aquellos equipos. Sí es exigible, sin embargo, que dicho riesgo se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto: a falta de normas reglamentarias que las precisen, aquellas cuyo coste de adopción no supere claramente el

beneficio que, para el público asistente, comporte la correlativa disminución de los resultados lesivos de que se trata. Los mejores usos del sector servirán de pauta para determinarlas.

5º) El apartado 6 del artículo 217 LEC dispone que las normas contenidas en los apartados precedentes «se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes». En el presente caso, una tal disposición expresa existe. En efecto, el artículo 147 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dispone:

“Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores o usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”.

6º) El citado artículo 147 LGDCU ha de aplicarse con cautela, a falta de doctrina jurisprudencial establecida al respecto, dada la inconcreción con la que está descrito su supues-



to de hecho: que lo aproxima al carácter de un principio general, modulable en atención a la naturaleza del servicio de que se trate; al modo empresarial, o no, de su prestación; y al rol que ésta desempeña un usuario típico. Y deberá ponderarse si el evento dañoso acaecido evidencia, o no, un defecto -un déficit de la seguridad que legítimamente cabía esperar del servicio prestado; y tener presente la “ disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio»: así lo prescribe el apartado 7 del artículo 217 LEC, también para la aplicación de lo dispuesto en el apartado 6 del mismo artículo.

7º) El artículo 11 LGDCU, tras disponer que «los bienes y servicios puestos en el mercado deben ser seguros», establece que «se consideran segu-

ros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un elevado nivel de protección de la salud y seguridad de las personas». Y el artículo 6.1 de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, arriba mencionada, dispone que «los locales y establecimientos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley deberán reunir los requisitos y condiciones técnicas, en orden a garantizar la seguridad del público asistente». Se desprende de ello que el acaecimiento de un evento dañoso como el que sufrió don Feliciano evidencia un defecto del servicio que le fue presta-

do: que no se trató, esto es, de la realización de un riesgo que quepa considerar voluntariamente asumido por los asistentes a locales como la sala Macumba. Un defecto frente al que es difícil concebir, y aún más exigir, específicas medidas de autoprotección por parte de aquéllos. Y dentro de un ámbito que se halla bajo el control del empresario prestador del servicio; que es quien cuenta con la información sobre las medidas de cuidado exigibles, y en su caso adoptadas, a fin de reducir el riesgo de lesiones producidas por cristales rotos.

8º) Por todo ello, esta Sala concluye que correspondía a la demandada, la compañía Macumba, la carga de probar que adoptó tales medidas: la falta de culpa por su parte. Y en modo alguno ha satisfecho esa carga probatoria.”

entrevista.a...



ANA TÁRRAGO RUIZ

por M^º Carmen Ruiz-Matas Roldán

Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, ingresó en la carrera fiscal en 1985, siendo destinada a la Fiscalía de Almería durante casi cuatro años. Permaneció varios años como fiscal del TSJA desarrollando su labor en la Sala de lo Penal, pasando con posterioridad a la sección de Menores, asumiendo la coordinación de este organismo. Fue nombrada Fiscal Jefe Provincial de Granada en 2008, tomando posesión el 6 de marzo. Ha participado en diversas Jornadas y Cursos organizados, entre otros, por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, la Guardia Civil, la Policía Nacional, la Policía Local, etc. En diciembre de 1999 es condecorada con la “La Cruz Distinguida de 2^a Clase de San Raimundo de Peñafort”; en 2010 se le concede la “Cruz con Distintivo Blanco al Mérito Policial” y en 2011 la “Cruz de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil” en la modalidad de Cruz de Plata. Electo del Consejo Fiscal desde el día 19 de febrero de 2014, por la Asociación de Fiscales y actualmente ha formalizado su candidatura para optar a dirigir la Fiscalía Superior de Andalucía.

Entre las últimas reformas legislativas que afectan al ámbito de los accidentes de circulación es de destacar la reforma en el ámbito penal, motivo que, entre otros, nos lleva a entrevista a la actual Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Granada, doña Ana Tárrego, quién como nadie podrá aclararnos y darnos su opinión sobre este tema que tanto nos interesa.

MC: Como es práctica habitual en esta sección quería preguntarle si conoce nuestra Asociación y qué opinión le merece la misma.

AT: La conozco, he leído algunos artículos publicados últimamente a propósito de la gestión del nuevo baremo y creo que ha realizado valiosas aportaciones plasmadas en su nueva redacción

MC: ¿Cree que este tipo de Asociaciones puede influir en la evolución legislativa y jurisprudencial de las materias que nos ocupan?

AT: Sin duda alguna, como he dicho creo que ha aportado ya en la redacción del nuevo baremo y, dada la gran especialización de sus miembros, pueden sacar a debate numerosas y novedosas interpretaciones de las cuestiones que se planteen. Los argumentos que sin duda se utilizarán, contribuirán a conformar la nueva doctrina en un sinnúmero de asuntos en los que existirán situaciones personales muy delicadas, el de las víctimas de la siniestralidad vial

MC: En relación a la modificación de la LE-Crim y la despenalización de las faltas por hechos de la circulación ¿entiende que esta medida realmente en la práctica va a contribuir a que exista menos litigiosidad para la resolución de este tipo de siniestros?

AT: El futuro lo dirá, es pronto para sentar conclusiones, pero en el ámbito penal ya se observa una disminución importantísima que afecta al ámbito de las antiguas faltas.

MC: ¿Entiende que la citada modificación legal ha podido ser demasiado restrictiva en cuanto al enjuiciamiento penal de este tipo de accidentes?

AT: Son opiniones personales, el legislador así lo ha expresado en la Exposición de Motivos de la Ley y de hecho se derivan a la negociación privada y a la jurisdicción civil numerosos supuestos que antes se veían en la jurisdicción penal.

MC: Desde algunos sectores doctrinales ya se anuncia una solicitud al Congreso para que vuelva a revisar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en dicha materia ¿considera que es necesario?

AT: Mi respeto a las opciones de otros sectores, pero desde mi posición profesional, mi opinión no es favorable ni contaría a esa necesidad.

MC: En cuanto a la modificación del Sistema para la valoración del daño corporal en accidentes de tráfico ¿cómo la valoraría?

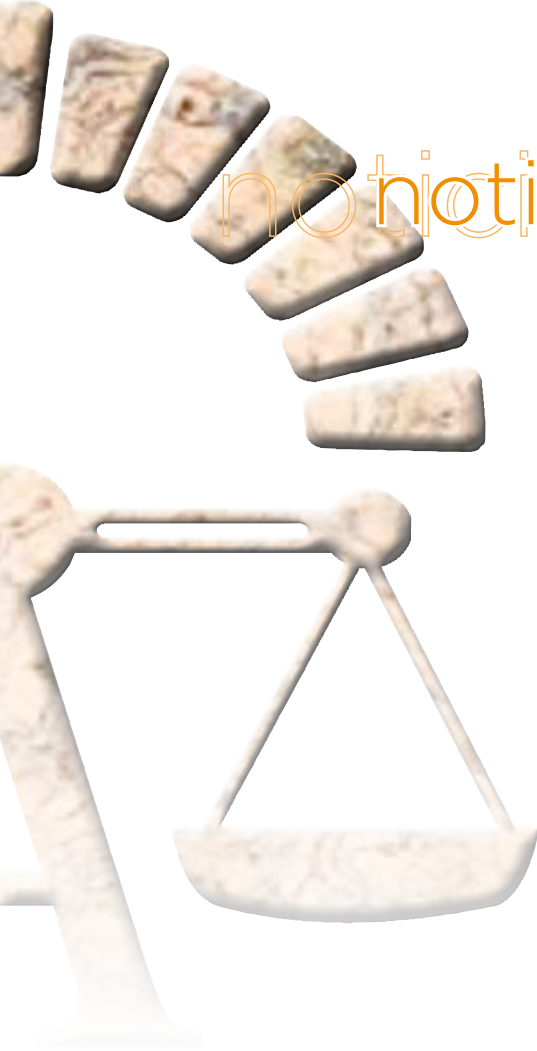
AT: Positivo si sirve para dar mayor protección a las víctimas. La Reforma pretende abarcar cuestiones muy complejas que antes no se consideraban o lo hacían superficialmente. Así por ejemplo la ampliación de los beneficiarios, el lucro cesante, la compatibilidad de la actividad en el hogar y tantas otras cuestiones. El reverso es su considerable complejidad para los operadores jurídicos. La práctica irá diciendo. De momento en el ámbito penal, en Granada, no me consta que se haya necesitado aplicar a ningún supuesto, pues es frecuente que se logre un acuerdo antes del juicio oral.

MC: Por último, ¿qué opina sobre la aplicación del citado Sistema legal de valoración del daño corporal para su aplicación a otros sectores distintos al de la circulación de vehículos?

AT: En el ámbito de las lesiones o muertes por imprudencia (en cualquier ámbito) me parece un referente a seguir y en la práctica me parece un buen criterio, unificando así las bases para fijar las indemnizaciones



noticias y actividades



ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN MÁLAGA EL DÍA 10 DE NOVIEMBRE DE 2.016

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 12 de Noviembre de 2.015, correspondiente al XV Congreso.

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Valladolid el pasado 12 de Noviembre de 2.015, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el Secretario General de la A.E.A.E.R.C.y S, Sr. López y García de la Serrana, y su presidente, Sr. Medina Crespo, se da cuenta asimismo de la celebración y/o asistencia durante el ejercicio 2015 y 2016 **en representación de la Asociación** a:

- III Jornadas Nacionales sobre Responsabilidad Civil. 27 y 28 de Octubre. Oviedo. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.

- 12º Congreso Abogacía Malagueña. Torremolinos 6 y 7 de octubre de 2016. Sala 1 MALAGA: Sección Responsabilidad Civil. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.
- Jornadas prácticas nuevo Baremo de tráfico Ley 35/15. Badajoz, 29 de septiembre de 2016. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.
- Curso Teórico -Práctico sobre el Nuevo Baremo. Burgos, 11,12 y 13 de julio de 2016. Participación de Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana como ponentes
- Talleres Prácticos Ley 35/2015. Aplicación del Nuevo Sistema de Valoración de Daños Personales de Accidente de Tráfico. Granada, 10 de junio de 2016. Participación de Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana como ponentes.

Málaga nov. 10, 11 y 12 de 2016
Ciudad Genial! Hotel NH Málaga

XI Congreso Nacional
Asociación Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro

Centre Pompidou Málaga

Colegio de Abogados de Málaga
icamalaga.es

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

- Curso Práctico-Teórico del Nuevo Baremo. El nuevo baremo, origen y elaboración. Cáceres, 9, 10, 11 de mayo de 2016. Participación de Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana como ponentes.
- Jornadas de estudio sobre el nuevo Baremo de indemnizaciones de tráfico. Salamanca, 28 y 29 de Abril de 2016. Participación de Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana como ponentes.
- XXXII Congreso de Derecho de la Circulación. Madrid, 21 y 22 de Abril de 2016. Participación de Mariano Medina Crespo como ponente.
- Curso sobre el nuevo sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Santiago de Compostela 29 de marzo y 5 de abril de 2016. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.
- Jornada sobre Ley 35/15 para la reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes circulación. Jaén, 25 de febrero de 2016. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.

- Jornadas del Colegio de Abogados de Cantabria sobre el nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios en accidente de tráfico. Santander, 22,23 y 24 de febrero de 2016. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.
- Jornadas Médico - Legales de formación en el baremo del nuevo sistema de valoración Ley 35/2015. Barcelona, 21 y 22 de enero de 2016. Participación de Javier López García de la Serrana como ponente.
- IV Jornada sobre Responsabilidad Civil y Seguro: Análisis del nuevo baremo. Sabadell 15 de enero de 2016. Participación de Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana como ponentes.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 59) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas, de España, así como de la versatilidad del portal, o la agilidad que proporciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

54º.- Presupuesto de 2.017.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso del próximo año, y años venideros; en el año 2017 la sede del Congreso será la ciudad de VITORIA-GASTEIZ, las fechas del 16 al 18 de noviembre, el vocal encargado Dº. Susana Sucunza Totoricaguena. Para el congreso del año 2018 se ha postulado la ciudad de Gijón cuya candidatura, presentada por nuestro vocal de Asturias, es aprobada por unanimidad.

6º.- Se renuevan los cargos de Presidente y Secretario General en las personas que actualmente los ostentan Dº. Mariano Medina Crespo y Dº. Javier López y Garcia de la Serrana.

7º.- Respecto de la ratificación en Junta de las vocalías de Mallorca, Reino Unido y Tenerife -acordadas provisionalmente en Valladolid las dos primeras-, la primera es sometida a votación y decidido por mayoría Dº. Fernando Talens Aguiló; de la vocalía de Reino Unido, se mantiene al actual, Dº. Ernesto Cedillo y la de Tenerife es aprobado provisionalmente Dº. Francisco José Ledesma de Taoro, cuyo mantenimiento definitivo se incluirá en el orden del día de la Junta del Congreso de 2017, debiendo a partir de ahora -por razones prácticas- comunicarse a la Junta un mes antes del Congreso cualquier cambio que se proponga; en esta línea, José Tirado pide que se incluya en el próximo día -toda vez que lo habla con Luis A. Orriols Martínez- su propuesta de sustitución del actual vocal de Cataluña por él.

8º.- Modificación de los estatutos en cuanto a fines y objetivos punto 7º:

Quedando de la siguiente forma:

“Promover la resolución de conflictos en materia de responsabilidad civil y seguros mediante la creación y organización de un centro de mediación de conflictos conforme a la Ley 5/2012 de 6 de Julio y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que asuma tanto la designación de las personas que deban desempeñar el encargo como la administración del proceso que deba seguirse hasta la eficaz resolución del conflicto. El ámbito de la mediación será el más amplio posible respecto de cualquier materia controvertida susceptible de otras vías alternativas que faciliten la solución convencional de las controversias. Así mismo, promover cualquier otra fórmula alternativa de solución de conflictos como pudiera ser mediante el arbitraje o el derecho colaborativo.”

Es aprobada por unanimidad.

Gonzalo Itumendi y Susana Sucunza quedan encargados de su desarrollo y seguimiento.

9º.- Tanto José Tirado como José Manuel Villar han intervenido en el programa de TIREA del “Nuevo Baremo”, gestionarán su difusión.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente, Dº. Mariano Medina Crespo, se da por concluida la XVI Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguros.



XVI CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. MÁLAGA, 10-11 DE NOVIEMBRE DE 2016.

El pasado mes de noviembre tuvo lugar el XVI Congreso Nacional organizado por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro celebrado este año en Málaga al que acudieron más de 450 abogados especializados en la materia de toda España. El Congreso estuvo dirigido por Javier López y García de la Serrana, secretario general de la Asociación; y Andrés López Jiménez vocal en Andalucía Centro de la misma.

Cómo en años anteriores, se contó con la asistencia de los más destacados especialistas en la materia a nivel nacional, entre los que mencionamos a Miguel Pasquau Liaño, Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, Eugenio

Llamas Pombo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, Rafael Moreno Ruiz, Profesor titular de la Universidad de Málaga y Vicepresidente del Instituto de Actuarios Españoles, Juan José Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla La Mancha, Pedro José Vela Torres, Magistrado del Tribunal Supremo, Jose Antonio Seijas Quintana, Magistrado del Tribunal Supremo, Fernando Pantaleón Prieto Catedrático de Derecho Civil y Ex-Magistrado del Tribunal Supremo y Mariano Medina Crespo, Presidente de nuestra Asociación. La mesa redonda estuvo compuesta por Jose Luis López Fuentes, Presidente de la Audiencia Provincial de Granada, Hipolito Hernández Ba-

rea, Presidente de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga y Manuel Caballero-Bonald Campuzano, Magistrado de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

En la inauguración del Congreso que se celebró la tarde del día 10 de noviembre contó con la presencia de Francisco Javier Lara Pélaez, decano del Colegio de Abogados de Málaga.

Trás la clausura que tuvo lugar el día 11 por la tarde, los asistentes pudieron disfrutar de una cena de gala en la hacienda Señorío de Lepanto y el sábado día 12 los congresistas y acompañantes pudieron disfrutar de una visita al centro histórico de Málaga y posteriormente un almuerzo en la zona del puerto.

El Congreso en imágenes



Inauguración.



*María Eugenia Lara Gomez.
Abogada.*



XI Congreso Nacional
Asociación Española de Abogados Especializados
en Responsabilidad Civil y Seguro



*Miguel Pasquau Liaño. Magistrado de la
Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía*



Ambiente



*Eugenio Llamas Pombo. Catedrático de
Derecho Civil de la Univ. de Salamanca*



Coctel



Coctel



XI Congreso Nacional



Rafael Moreno Ruiz. Profesor titular de la Univ. de Málaga y Vicepresidente del Instituto de Actuarios Españoles



Mariano Medina Crespo. Presidente de la AEAERCS



Juan José Marin. Catedrático de Derecho Civil de la Univ. de Castilla-La Mancha



José Luis López Fuentes. Presidente de la Audiencia Provincial de Granada.



Mesa Redonda.



Mesa Redonda.



Hipólito Hernández Barea
Presidente de la Sección 5ª de la
AP de Málaga



Almuerzo Trabajo



Almuerzo Trabajo





Pedro José Vela Torres. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo



Jose A. Seijas Quintana. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo



Fernando Pantaleón Prieto Catedrático de Derecho Civil. Ex-magistrado del Tribunal Supremo















**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

D. _____

N.I.F.: _____ Fecha de nacimiento _____

Colegio ejerciente nº _____ año _____ del Ilustre Colegio de Abogados de _____

Con domicilio en _____ Provincia _____

Calle/Plaza _____ nº _____ C.P. _____

Teléfono _____ Fax _____ e-mail _____

Solicita: su admisión como socio en la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, declarando no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el Estatuto General de la Abogacía o en los Estatutos de la Asociación, comprometiéndose a satisfacer la cuota anual que fije la Asamblea General, así como a respetar en su integridad las normas reguladoras de la Asociación.

En _____ a _____ de _____ de 20 _____

Fdo.:

CUOTA DE INSCRIPCIÓN (sólo una vez): 90,15 €; CUOTA TRIMESTRAL: 39,00 €

VENTAJAS PARA LOS ASOCIADOS

1. Inclusión en el Listado Provincial de Asociados que se publica en la web.
2. Acceso ilimitado y gratuito a la mayor Base de Datos de Jurisprudencia en materia de Responsabilidad Civil y Seguro a través de acceso on-line o CD interactivo.
3. Suscripción gratuita trimestral a esta Revista.
4. Consultas especializadas en el Foro de Debate abierto en la web.
5. Dto. 25% en el Congreso Nacional anual.
6. Descuento especial en distintas Editoriales Jurídicas.
7. Posibilidad de formar parte del Tribunal Arbitral de la Asociación.

Domiciliación Bancaria

Por Banco/Caja

DATOS BANCARIOS (les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro).

Titular de la cuenta _____

Banco o Caja _____

Dirección _____

C.P. _____ Población _____

Cuenta Corriente / Libreta de Ahorro:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fecha: / /

Firma (imprescindible):

Remitir este boletín de inscripción al nº de Fax: 958 201 697 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Asimismo puede inscribirse llamando al teléfono 902 361 350 o a través de la página web www.asociacionabogadosrcs.org

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se informa que sus datos personales se incorporarán en una base de datos informatizada de la que es responsable la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO con el fin de mantener un listado de sus socios. Ud. como titular podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO a través del correo postal a, C./ Trajano, no 8 - 1ª Planta - 18002 Granada, indicando como referencia Protección de Datos. En dicho correo deberá especificar qué derecho o derechos desea ejercitar y adjuntar una fotocopia del DNI para comprobar que es el propio interesado quien ejercita el derecho.

NOVEDAD EDITORIAL



RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Parte general
Delimitación y especies.
Elementos. Efectos o consecuencias

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

Dykinson S.L.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

1ª edición, septiembre 2015
668 páginas, 52,00 euros

OFERTA ESPECIAL: 49,40 euros

SUMARIO: PARTE GENERAL. **Capítulo I.** Responsabilidad criminal y responsabilidad civil. **Capítulo II.** Responsabilidad civil pura y responsabilidad civil derivada del delito: Una injustificada dualidad normativa. **Capítulo III.** Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. **Capítulo IV.** La acción u omisión. **Capítulo V.** El daño. **Capítulo VI.** La relación de causalidad. **Capítulo VII.** Los factores de atribución (I). En la responsabilidad por actos propios. **Capítulo VIII.** Los factores de atribución (II). En la responsabilidad por actos ajenos. **Capítulo IX.** Los factores de atribución (III). en la responsabilidad por el hecho de los animales y de las cosas inanimadas. **Capítulo X.** La legitimación activa en la responsabilidad civil. **Capítulo XI.** La legitimación pasiva en la responsabilidad civil. **Capítulo XII.** Vías o cauces de reclamación. **Capítulo XIII.** La prescripción de la acción de responsabilidad civil. **Capítulo XIV.** Las formas de reparación. **Capítulo XV.** El seguro de responsabilidad civil. **PARTE ESPECIAL (EN PREPARACIÓN).** **Capítulo XVI.** la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación. **Capítulo XVII.** La responsabilidad civil en la navegación aérea, la energía nuclear y la caza. **Capítulo XVIII.** La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. **Capítulo XIX.** La responsabilidad civil por los daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). **Capítulo XX.** La responsabilidad civil por los daños a la propiedad intelectual o a la propiedad industrial. **Capítulo XXI.** La responsabilidad civil por accidentes de trabajo. **Capítulo XXII.** La responsabilidad civil de las Administraciones públicas. **Capítulo XXIII.** La responsabilidad civil de los administradores de sociedades y de los administradores concursales. **Capítulo XXIV.** La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. **Capítulo XXV.** A modo de cierre. La competencia legislativa en materia de responsabilidad civil: ¿Estado y Comunidades Autónomas?

Dykinson, S.L.

EDITOR-LIBRERO

www.dykinson.com // info@dykinson.com

C/ Meléndez Valdés, 61 - Madrid

(Barrio de Argüelles)

Tif. 915442869 - 915442846



10% DESCUENTO



FOROS ARANZADI DE **RESPONSABILIDAD CIVIL** AL ALCANCE DE TU MANO

FORMACIÓN PRESENCIAL

Lograr la excelencia en el ámbito profesional supone alcanzar metas y conseguir éxitos que no se pueden llevar a cabo sin dominar la materia. Por ello, desde Thomson Reuters, te proponemos esta una nueva forma de adquirir conocimientos, mejorar día a día y estar actualizado.

Los Foros de Responsabilidad Civil suponen una oportunidad de aprendizaje y actualización en responsabilidad civil mediante encuentros mensuales entre profesionales del derecho que permitirá una actualización y formación continua de los conocimientos necesarios para el desarrollo profesional.

LUGARES DE CELEBRACIÓN

Granada – Madrid – Sevilla – Valencia.

CARACTERÍSTICAS

- Aprendizaje basado en la experiencia transmitida por ponentes de gran prestigio y con un gran conocimiento sobre la materia, así como en la puesta en común de las inquietudes de los asistentes, en su mayoría profesionales del derecho especializados en responsabilidad civil.
- Actualización jurisprudencial y legislativa, así como estudio de los temas que más controversia generan en los Tribunales.
- Análisis y estudio práctico de las cuestiones de máxima actualidad en el ámbito de la Responsabilidad Civil.

APORTACIÓN Y CONOCIMIENTOS

1. Un aprendizaje profundo sobre aquellos temas de más actualidad y complejidad dentro del ámbito de la RC, de la mano de ponentes de gran prestigio y conocimiento en la materia.
2. Conocer de primera mano los criterios jurisprudenciales seguidos tanto por las distintas Audiencias Provinciales como por el Tribunal Supremo en la resolución de los temas más controvertidos en el ámbito de la RC.
3. Adquirir la práctica para la aplicación del nuevo Baremo y conocer las vicisitudes que pueden plantearse de la mano de los grandes expertos y conocedores del mismo.
4. Puesta en común con otros profesionales de la materia aquellas cuestiones que puedan plantear una mayor controversia y problemática en la práctica diaria.

...68H 1857-7001



9 771867 700000

T. 900 40 40 47

aranzadi.formacion@thomsonreuters.com

